

مَجَلَّةُ الْحُقُوقِ لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْضَائِيَّةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبدالمنعم

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة التاسعة (١٩٥٩ - ١٩٦٠)

العددان الأول والثاني

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦٠

لجنة التحرير

- ١ - الأستاذ الدكتور أنور سلطان (عميد الكلية)
- ٢ - الأستاذ الدكتور محمود رياض عطيه (وكيل الكلية)
- ٣ - الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا
- ٤ - الأستاذ الدكتور على صادق أبو هيف
- ٥ - الأستاذ الدكتور عمر ممدوح مصطفى

مَجَلَّةُ الْحُقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْصَادِيَّةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطانة

السنة التاسعة (١٩٥٩ - ١٩٦٠)

العددان الأول والثاني

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦٠

الفهرس

صفحة

الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية

للامتاذ الشيخ محمد مصطفى شلى ١

المستحدث فى مشروع قانون المرافعات الموحد

للامتاذ الدكتور أحمد أبو الوفا ٢١١

الاتجاه الحديث فى نظرية المساهمة الجنائية

للكتور رمسيس بهنام ٢٥٩

حول وراثة النساء عند العرب فى الجاهلية

للكتور محمود سلام زناقى ٣٢٣

الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية

للمستاذ الشيخ محمد مصطفى سلبي

أستاذ مساعد بقسم الشريعة بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

فكرة تطوف في رؤوس رجال القانون من زمن بعيد ، ظلت مجرد فكرة وأمنية تجول في النفس فترة من الزمن حتى خرجت بعدها على هيئة مطلب ورجاء في المحاضرات حيناً ، وفي المقالات حيناً آخر ، ثم في كتب القانون أخيراً. هي فكرة توحيد القوانين ، أو بتعبير أدق . فكرة تكميل القانون المدنى بادماج الأحوال الشخصية بعد تقنينها فيه ، ليصبح شاملاً للأحوال العينية والشخصية على السواء .

بدأ هذا الطلب مع المطالبة بتنقيح القانون المدنى - تقريباً - حيث نادى الدكتور السنهورى بذلك في مقالاته بمجلة القانون والاقتصاد ، وفي محاضراته مع اشارات في كتبه .

ولقد كان واضحاً في مطلبه عندما دل على مصدر ذلك التقنين فقال :
”ولا نقصد بهذا أن ننقل تشريع الأحوال الشخصية من التشريعات الغربية ، بل يجب أن يكون تشريعنا في هذه المسائل منقولاً من الشريعة الاسلامية مع جعله ملائماً لأن يطبق على غير المسلمين من المصريين ، فيكون لنا بذلك تشريع عام في الأحوال الشخصية يخضع له جميع المصريين مع احترام العقائد الدينية ، وعدم المساس بها ، فنحن اذن لا نزيد بادماج الأحوال الشخصية في القانون المدنى أن نتقص من سلطان الشريعة الاسلامية ، بل على العكس من ذلك ، نحن نحب امتداد هذا السلطان الى دائرة المعاملات نفسها“.

ثم أبان أن تقنين الشريعة أمر ممكن ، بل وجد فعلاً في تركيا ، وفي مصر في المحلة العدلية ، وفي كتب قدرى باشا ، وما صدر من قوانين لبعض أحكام الأحوال الشخصية مدرجاً في لائحة المحاكم الشرعية أو منفصلاً عنها .

وتبعه في ذلك كثير ممن كتب في القانون بحثاً وشرحاً . نذكر منهم الدكتور حسن بغدادى (١) الذى طالب بتقنين الأحوال الشخصية مقترحاً أن تكون الشريعة الإسلامية مصدراً لهذا التقنين ، ولكن من غير أن يتحسس لهذا الاقتراح كما فعل الدكتور السهورى صاحب الفكرة .

ويقضى أن الدكتور السهورى قال ذلك عن اقتناع - بعد دراسة طويلة - بدليل أنه يشيد بالشريعة وما فيها من كنوز في كل مناسبة ، ويطلب في إحدى محاضراته (٢) بوجوب الرجوع إليها وعدم اغفالها كمصدر خصب للتقنين العصرى فيقول :

” وفى زعيم لكم بأن تجدوا في ذخائر الشريعة الإسلامية من المبادئ والنظريات ما لا يقل في رقى الصياغة ، وفي أحكام الصنعة عن أحدث المبادئ والنظريات وأكثرها تقدماً في الفقه الغربى “ .

ثم ختمها بقوله :

” فالشريعة الإسلامية كما رأيتم مصدر خصب لتشريع يوضع لبلاد شرقية عربية “ .

والدكتور محمد عرفة يقول (٣) - بعد أن تكلم على إلغاء المحاكم الشرعية - :
وغتدنا أن الإصلاح لا يكون تاماً إلا بإصدار قانون موحد يحكم المنازعات بالأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين من المصريين ، ولا بأس

(١) مجلة الحقوق . السنة السابعة . المجلد الأول والثاني ص ٩٩ وما بعدها .

(٢) ألفت في قاعة يورث التذكارية ، ونشرتها الاغرام في أول يناير سنة ١٩٣٧

(٣) مبادئ العلوم القانونية ص ١١٤

عندنا من أن تستقى أحكام هذا القانون من مبادئ الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع الطائفية في نطاق النظام العام ، وبذلك وحده يقضى على عيب تعدد القوانين بعد القضاء على عيب تعدد جهات القضاء .

وزميلنا الدكتور حسن كبره يطالب - في حماس - بتحقيق هذه الفكرة (١) فيقول في مقدمة كتابه الحقوق العينية الأصلية (٢) :

« الأصل أن القانون المدني يعرض لأنواع الحقوق المختلفة، غير أن المشرع المصري قد اضطر منذ أول تقنين مدني أصدره في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي الى الخروج على هذا النهج السوي نظراً الى ظروف خاصة ، وعادات وتقاليد موروثة قضت بربط مسائل الأحوال الشخصية بالدين والملة مما استتبع استبعادها من نطاق هذا التقنين أمام تعدد القواعد القانونية التي تحكمها بتعدد الأديان والملل السائدة في مصر ، واقتصر هذا التقنين كقاعدة عامة على الحقوق التي تتعلق بروابط الأحوال العينية أى بالمعاملات المالية وحدها، ولم يتغير الحال في التقنين المدني المصري الجديد رغم طول الفترة التي مضت بين التقنينين ، وما شهدته من تطور كبير متواصل في المجتمع المصري ، اذ ما يزال للتقاليد سلطان قوى غير منكور ».

(١) ونحن نؤيد فكرة التقنين ونفيم صوتنا إلى صوتهم في المطالبة بذلك ، ونقول : إن التفرقة لا مبرر لها ، فتقنين الأحوال العينية دون الشخصية عمل ناقص ، ولكن عل وجه آخر ، عل أن ترد الأمور إلى نصابها ، عل أن نمود بتشريعنا الجديد الكامل إلى الشريعة التي سادت الشرق كله قرونا طويلة ، وأثبتت صلاحيتها في كل حين ، وزد قوانين الترتب إلى أصحابها في بلادها لتتخلص من أثر يفيض من آثار الاحتلال ، وحينذاك تتجرد شخصيتنا من ذلك الظلام الأجنبي الذي شوه جمالها قرابة الثمانين عاما ، فيكل استقلالنا ، ويتحقق لنا سبب عظيم من أسباب الوحدة التي ننشدها .

(٢) ج ١ ص ٥ وهاشبا .

ثم يعلق على ذلك بقوله :

”لعل في اقدام المشرع المصرى أخيراً على توحيد الاختصاص القضائى فى مسائل الأحوال الشخصية ما يبشر بقرب استكماله للإصلاح المنشود من توحيد القانون فى هذه المسائل دون نظر الى اختلاف العقائد الدينية ، بحيث يصبح التقنين المدنى المصرى — كسائر مثيلاته من التقنينات — شاملاً لمسائل الأحوال الشخصية والعينية على السواء“ .

ويقرر مثل ذلك شارحاً له فى كتابه أصول القانون (١) .

بهذه الصراحة التامة يطلب تقنين الأحوال الشخصية ليكمل القانون غير أنه لم يعرض لبيان مصدر ذلك التقنين الجديد كما عرض سابقوه ، ولعله تركه لاختيار المشرع حينما يعزم على التنفيذ بعد أن كشف عن رأيه فى الشريعة الإسلامية فى مواضع مختلفة من كتابيه « المدخل » و « أصول القانون » كشف عنه بطريق التصريح مرة ، وبطريق الإيماء مرة أخرى (٢) مما سيأتى توضيحه فى موضعه من هذا البحث .

فأنت ترى أن هذه الفكرة قامت فى أصلها على أمرين : أولهما — المطالبة بتقنين الأحوال الشخصية تقنياً عاماً تخضع له جميع المصريين على السواء لا فرق بين مسلم وغيره . وثانيهما — الإرشاد الى المصدر الذى يرجع إليه . وأن الاتفاق قائم على الأمر الأول ، وأن ثمة اختلافاً بينهم فى الثانى ، فقد بدأ بالمطالبة يجعل الشريعة مصدره الوحيد مطالبة صريحة مع الاعتراف بكفايتها لذلك ، ثم قتر الطلب عند البعض ، فاقصر على رفع المانع من طريقه أو رفع البأس ، ثم آل الأمر الى اغفاله منع التعريض بعدم صلاحية الشريعة لذلك بوضعها الحالى .

(١) ص ٢٩٣ وما بعدها . . .

(٢) وفيما اعتقد أن الزجل الفاضل لو درس الشريعة بهذه العقلية المنظمة وأخلص لها — كما أخلص لدراسة القوانين الأخرى — لرجع عن رأيه ، ولاخترع قلبه للإشادة بتلك الشريعة ، بل ولتزم المناذاة بالرجوع إليها فى وسط شباب رجال القانون . .

ومن يدري لعل الأيام تأتينا باقترح أكثر صراحة يطلب صاحبه
جعل مصدر التقنين التشريعات الأجنبية ، حتى يلتزم التقنين كله برجوعه
الى أصل واحد .

لهذا ولما وجدته عند قراعتي في كتب أصول القانون من تعابير عديدة تصف
أحكام الشريعة الإسلامية بأنها أحكام خلقية (١) دينية جاءت — فيما أظن —
تقليداً لما شاع عند رجال القانون الغربيين . الأمر الذي يجعلها في نظر الناس ،
— وبخاصة طلاب الحقوق — غير صالحة للتقنين ، لأنها لا تتلاءم مع واقعهم
الذي يعيشون فيه .

لهذا وذاك اتجه تفكيري الى معاودة البحث في واقعية فقه هذه الشريعة
وقانونها ، لأثبت للناس من جديد أنه فقه واقعي يلائم الحياة ويسير معها .
مهما تقلب الزمن وتجددت الأحداث لا يعادى المدنية ، ولا ينفر من الجديد
لأنه جديد ، فيه من المرونة واليسر ما لا يقل عن أحدث القوانين وأرقاها
ان لم يفقها كلها في ذلك .

اتجه تفكيري الى هذا البحث بعد أن كنت شرعت في بحث آخر
فعدلت عنه الى حين أنهى من هذا البحث الجديد ، ثم أعود اليه بمشيئة الله
الذي وضع القلوب بين أصبعين من أصابعه يقلبها سبحانه كيف شاء .

عدلت عنه لما لموضوعنا الجديد من أهمية بالغة في ظروفنا الحاضرة ،
ولأنه يعتبر كالأساس لغيره من موضوعات المقارنة بين الشريعة والقانون

(١) جاء في المدخل المذكور كيرة ص ١٩ ، وأصول القانون ص ٣٨ . إن القانون ينزل
من بعض المثل الأخلاقية كما يفعل حين يحى الحياة حتى في مواجهة الممالك الفعل ، وحين
يرغب للمدين في الامتناع عن الوفاء اذا انقضى الدين بالتقادم ، وحين يتيح الاقتراض بفائدة
أى التعامل بالربا . فالقانون إذن يظل قاصراً عن الاخلاق في تحقيق العدل وإن كان يفوتها
في تحقيق النفع .

وفي ص ٢١ يقول : فيحلل القانون بعض ما يحرمه الاخلاق كالربا .

ومن الصواب أن يبدأ المرء سيره من أول الطريق حتى لا تلتوى به السبل ، ولا تضطرب خطواته أثناء مسيره .

وجعلت عنوان البحث « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » .

معنى الواقعية :

واذا كانت الواقعية مأخوذة من الواقع ، وهو في عرف الناس يراد به « سلوك الأفراد والجماعات » فهل معنى واقعية القانون أنه يخضع لهذا الواقع في كل شيء ، ويسايره في جميع اتجاهاته ويحقق رغباته .

أم أن القانون هو الذي يخضع الواقع ويتحكم فيه ، فيبيح منه أشياء ، ويحرم أخرى ، ولكنه لا يقف جامداً على ما جاءت به نصوصه ، بل يسير في ركب الحياة ويتطور معها ؟

معنيان (١) للواقعية يهوى بعض الناس أولها ، ويشتهي أن لو خضعت كل القوانين — سماوية كانت أم وضعية — لواقعهم ولو كان فاسداً ، وهم قوم أباحيون ، يريدون التحلل من كل قيد ، فيسيرون وراء أهوائهم لاشباع رغباتهم .

ويتجه آخرون إليها بالمعنى الثاني ، ويشيئونها لقوانينهم الوضعية ، ويسلبون الفقه الاسلامي حظه منها قائلين : انه فقه مثالي متأثر بعنصرى الخلق والدين ، ومن ثم وصفوه تارة بأنه أحكام خلقية ، وأخرى بأنه أحكام دينية ، حتى صوروه للناس بأنه فقه جامد لا يتحرك ، وان تحرك ففي دائرة

(١) تطلق الواقعية بمعنى آخر في مقابلة الفرضية والتقديرية ، فيقال : فقه واقعي ، أى أنه يقتصر على بيان أحكام مايقع من الحوادث . وفقه فرضي تقديري ، أى أن الفقهاء يفرضون حوادث ويقدرنون وقوعها ، ثم يستنبطون لها أحكاماً على ضوء قواعد الفقه وأصوله . وكلا النوعين موجود في الفقه الاسلامي ، فقد كان في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وزمن الصحابة والتابعين وتابيحهم فقهاً واقعياً فقط ، ثم صار بعد ذلك فقهاً واقعياً وتقديرياً معاً لما فتح أبو حنيفة باب الفرضية والتقديرية .

ضيقة ، ويخلصون من ذلك الى أنه لا يساير الزمن ، ولا يلائم المدنيات ، فلا يصلح للتطبيق الآن .

ومن هنا قيل (١) ان دخول القوانين الغربية في معظم البلاد الشرقية التي تدين بالاسلام يرجع الى جهود الشريعة الاسلامية بعد اقفال باب الاجتهاد فيها مع تيفظ الوعي في أواخر القرن الماضي في تلك البلاد ، وأن تمسك بعض الدول الاسلامية « كالحجاز واليمن » بشريعتهم دون اللجوء الى القوانين الحديثة راجع الى ظروف هذه البلاد الخاصة ، وهي أنها تعيش في حالة بدائية لا تحتاج معها الى تجديد .

خطة البحث

ونحن نقف مع الفريق الأول وقفة قصيرة نبطل فيها دعواه ، ونبين لهم أن الفقه الاسلامي بعيد عن الواقعية بهذا المعنى ، بل ان القوانين الوضعية فيها استقرت عليه تنكر هذه الواقعية ، لأنها لا تتفق وطبيعة القانون .

ولنا مع الفريق الثاني وقفة طويلة نناقش فيها دعواهم ، ونكشف عما في شبههم من زيف وبعد عن الحقيقة ، ثم ثبت تلك الواقعية لهذا الفقه من واقع مصادره ومبادئه وأحكامه ، شارحين ما في تلك المصادر من مرونة تكفل لهذا الفقه واقعية دائمة ، ثم نعقب على ذلك ببيان الطريقة التي ينبغي سلوكها لكي ننتفع به في تشريعنا الحاضر ، وبعد هذا كله نتصدى لدفع ما أثير من شبه حول امكان تطبيقه والعمل به الآن ، حتى يتبين هؤلاء المنكروين

(١) الدكتور كبره في المدخل ص ١٥٤ ، وأصول القانون ص ٢٦١ ، فهو يرجع المدول عن الشريعة واقتباس القوانين الغربية في بعض البلاد الاسلامية ، وعدم المدول منها والتمسك بها في البعض الآخر إلى تقدم الحضارة في الأولى وعدم مسايرة الشريعة لهذا التقدم ، وإلى بدائية الحياة في بعض الدول الأخرى . وهذا في نظري سبب ظاهري يخفى وراءه السبب الحقيقي وهو دخول المستعمرين الغربيين في بعض الدول الاسلامية واحتلالها ، أو اعلان الوصاية عليها دون البعض الآخر . فالمستعمرون لم ينسوا في يوم من الأيام أن الاسلام يحارب الاستغلال ، ويؤسوى بين الناس جميعا ، ويدعو أبناءه إلى الوحدة . وهذه أمور تبقى في طريقتهم ، وتحول بينهم وبين تحقيق المطامعهم ، فعملوا جاهدين على تنحية الشريعة وإحلال قوانينهم محلها .

أن فكرة عدم واقعيته جاءت وليدة عدم العلم بما فيه من أسس سليمة ، ومبادئ قديمة ، تهدف في مجموعها الى خير الانسانية ، وإرساء قواعد المجتمع على أرض صلبة لا تميد، وبالتالي يظهر لنا في وضوح أن مبدأ الواقعية والملائمة في هذا الفقه الخالد تستعصي على الرد والانكار ، وأن انكار المنكرين على اختلاف ألوانهم ، وتعدد صورهم وأشكالهم لم يفلح في هدم ذلك البناء الشامخ أو زعزعة اعتقاد أصحاب العقول السليمة في صلاحيته ، وأن هذا الفقه يتمكن من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة الصحيحة والتوفيق بين حاجاتها .

المثالية والواقعية في القوانين الوضعية

وقبل أن نبين ما في الفقه الاسلامي من واقعية ، ومع أي الطريقتين يسير نعرض لموقف القوانين الوضعية منها ، لتتم المقارنة بينهما في يسر وسهولة ، وهذا يضطرنا الى عرض تاريخي موجز لمسلك رجال القانون في تكوين قواعدهم القانونية فنقول :

لرجال القانون الوضعي في طريقة تكوين قواعدهم ثلاث مدارس ، وبعبارة أدق مدرستان . كانتا على طرفي نقيض هما المدرسة المثالية ، والمدرسة الواقعية . سلكت كل واحدة منهما مسلكاً يصاد مسللك الأخرى ويناقضه ولما لم تسلم واحدة منهما من النقد والتجريح جاءت فئة أخرى وكونت مدرسة ثالثة تجمع بين المثالية والواقعية ، وعلى طريقها استقر الوضع الأخير لتلك القوانين (١) .

فالمدرسة المثالية ترجع القاعدة القانونية الى ما يختاره العقل من المثل العليا دون نظر لواقع المجتمع ، وعبرت عن هذا القانون في مبدأ الأمر بالقانون الطبيعي ، وزعمت أنه قانون أبدى ثابت صالح لكل زمان ومكان ، ومع ذلك فقد دخله التعديل والتغيير ، وتشكل بأشكال عديدة .

(١) انظر في تليخيص هذا الموضوع على كتاب المدخل وأصول القانون للدكتور كبره
ص ١١٧ . وانظر أيضاً ، وكتاب طبائع العلوم القانونية للدكتور محمد مرشد .

وفي أثناء موجات التغيير التي لحقت اصطليخ بصيغة دينية في العصور الوسطى في كنف الكنيسة المسيحية حتى صار القانون آتذ هو ذلك القانون الالهي الذي يسمو على القانون الوضعي ، وحينذاك فصلت السلطة الدينية عن السلطة المدنية ، وراجت القولة المشهورة « اعط ما لقصر لقصر وما لله لله » فبعد أن كان القانون الطبيعي فكرة فلسفية في العصور الأولى صار فكرة دينية في العصور الوسطى ، ولما ضعف سلطان الكنيسة وقوى سلطان الدولة أصبح القانون الطبيعي فكرة قانونية تشريعية ، وأتيح لها حظ كبير من الذبوع والانتشار في القرنين السابع عشر والثامن عشر .

وفي القرن التاسع عشر هوجم القانون الطبيعي كما هوجمت مدرسته المثالية ، وتركز الهجوم على صفة الخلود في هذا القانون ، وفيما يلزومه من نزعة فردية مما أدى الى هجره فترة من الزمان ، ثم عادت فكرة احيائه في أواخر القرن التاسع عشر ، فأعيد مجرداً من صفة الخلود ، وقصر على صفة القيادة الموجهة للمهمة بقليل من مبادئ العدل المثالية دون أن ينزل الى التطبيق العملي ، وهو ما عبروا عنه بالقانون الطبيعي ذى المضمون المتغير ، ومع ذلك لم يسلم من النقد والتجريح ، فطعنوه بالتناقض ، لأن المثل الأعلى الذي يقوم عليه القانون الطبيعي ثابت خالد ، فاعترفهم بتغيره يعد تناقضاً منهم .

وأخيراً انتهت فكرة القانون الطبيعي الى أنه موجه مثالي للعدل لكل القوانين الوضعية ، فتلتزم الدولة عند وضع قانونها احترام هذا الموجه لا تحيد عنه ، وكما جعل موجهاً للمشرع عند تشريعه جعل موجهاً للقاضي عند تطبيقه اذا لم يجد حلاً للزاع المعروض عليه في قواعد القانون .

أما المدرسة الواقعية فقد جاءت في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل التاسع عشر ، وكانت على النقيض من المدرسة المثالية ، لأنها لا تؤمن بما يستنبطه العقل بعيداً عن الواقع حيث أنها تراه ضرباً من الحُدس والتخمين ومن ثمّ سلّمت الى أخضاع القانون للواقع المحسوس . ففعلت القاعدة القانونية تقوم على الواقع ، وهو وجود تضامن بين الأفراد في المجتمع .

وقد خرج من هذه المدرسة مذهبان : (أولهما) المذهب التاريخي الذي يجعل القانون من صنع الزمن وتطور التاريخ ، فكل أمة من الأمم تخلق قانونها كما تخلق لغتها وتقاليدها .

فالقانون عنده ، تعبير جماعي صامت يتكون على مر الزمن ، فهو من الأعراف يولد ، وعمل المشرع فيه ليس الا تسجيلاً لهذا التعبير الصامت وتغييراته المستمرة على مر الزمن .

ولقد نقد هذا المذهب نقداً مرّاً غداً معه قليل الأنصار رغم ما أدخل عليه من تعديلات .

(وثانيهما) مذهب التضامن الاجتماعي . ويقوم هذا المذهب على أن القاعدة القانونية هي التي يشعر جمهور الأفراد المكونين للجماعة أنها ضرورة ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعي ، ولا يرضى أن تكون القاعدة القانونية تطبيقاً لأصل أو مثل أعلى كما يدعى أنصار القانون الطبيعي .

ولقد نقد هذا المذهب بأنه يجعل القانون خاضعاً للواقع التجريبي ، فالقاعدة القانونية عنده لا تقول : افعل هذا لأنه خير أو نافع ، بل تقول له : افعل هذا لأنه كائن ، وهو اغفال لطبيعة القانون وانكار لوظيفته لأن القانون في حقيقته لا يقر ما هو كائن ، وإنما يقوم ما هو كائن تقوياً . يقرر به ما ينبغي أن يكون . أي ينتقل من الواقع الى الواجب ، فيجاوز بذلك دائرة المشاهدة والتجربة الى دائرة العقل والتفكير حيث يمكن التقدير والتقييم .

ومع ما أدخل على هذا المذهب من تعديل بإدخال العدل مؤثراً في القاعدة القانونية لم يسلم من النقد ، لأنه لم يرد بالعدل ، العدل في ذاته كميلاً أو كئيباً ، بل باعتباره شعوراً للجماعة . الأمر الذي يجعل العدل خاضعاً للأفراد فيتأثر بالأهواء .

هاتان المدرستان المتنازعتان قصرت كل واحدة منهما في نظرتها ،
فصرفت وجهها الى ناحية واحدة ، فالمدرسة المثالية لا تهتم الا بالناحية الروحية
في الانسان ، فأسرفت حين جعلت القانون مجرد عمل عقلي محض بعيداً
عن الحقائق الواقعية في حياة المجتمع .

والمدرسة الواقعية كانت على العكس من ذلك ، فقصرت نظرتها
على الناحية المادية في الانسان ووجوده المحسوس في المجتمع ، فأسرفت
بدورها لما جعلت القانون مجرد عمل علمي تجريبي فقط يتبع واقع الحياة
بعيداً عن التفكير والعقل .

من أجل هذا الغلو عند كل من المدرستين نادى جماعة من الفقهاء
بفكرة تعتبر وسطاً بين الفكرتين . بنى هؤلاء فكرتهم على أن الانسان —
الذي يراد القانون له — مكون من عنصرى المادة والروح ، فاعتبار أحدهما
دون الآخر يجعل القانون غير ملائم لذلك الانسان ، فينبغي ، بل يجب
أن يكون مزيجاً من حقائق الحياة الاجتماعية التى تسجلها الملاحظة والتجربة
ومن المثل العليا التى يستخلصها العقل مما وراء المحسوس .

على أن القاعدة القانونية التى تحكم سلوك الانسان فى المجتمع هى قبل
كل شئ قاعدة تقويمية لا يكفى فيها تقرير الواقع من الحياة عن طريق
الملاحظة والتجربة ، بل يجب أن يتجاوز ذلك الى فرض واجب معين
عن طريق تقويم هذا الواقع بالقياس على ما يفرضه العقل من مثل عليا ،
فالواقع وحده قاصر عن تكوينها .

هذا الاتجاه المزدوج ، والجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية
سار عليه أغلبية فقهاء القانون الوضعى ، فالقانون عند هؤلاء ليس عملاً علمياً
محضاً كما تذهب المدرسة الواقعية ، ولا هو عمل عقلي تفكيرى خالص كما تذهب
المدرسة المثالية ، ولكنه عمل مزدوج من عمل علمي وعمل عقلي ، لأن
الواقع وحده لا يكفى ، لتسرب الأهواء اليه ، فلا بد من تقويم هذا الواقع
تقويمياً عقلياً بالقياس على مثل أعلى . هو العدل الذى يفرضه العقل بعيداً
عن الأهواء والشهوات .

وعلى هذا استقر الوضع الآن بين رجال القانون ، فهم لا يقبلون الواقع بين الناس الا بعد تقويمه . لذلك نراهم يقسمون العرف الى صحيح وفاسد ، فيقبلون صحيحه ويردون فاسده .

هذا هو موقف القانون الوضعي وفقهائه من الواقعية بمعنيها ، فقد نقلوا تسلط الواقع على القانون تسلطاً مطلقاً . نقلوه وجرحوه حتى أغلقوا مدرسته ، وتفرق طلابها عنها ، ولكنهم لم يهملوا الواقع ، بل قبلوه بعد تقويمه وتقديره بميزان أعلى منه بعيداً عن الأهواء والشهوات .

ذلك عرض سريع لتاريخ الواقعية عند رجال القانون . عرضناه بخطواته وما وقع فيها من نزاع طويل ، وكيف تطورت حتى وصلت الى وضعها الأخير لتخلص منه بالتائج الآتية .

(أولاً) ان القوانين الوضعية على اختلاف ألوانها ولدت ناقصة قلقة غير مستقرة لعدم وجود مصدر ثابت تستقى منه ، ولا أدل على ذلك من هذا الاختلاف البين في مصدر تكوين القاعدة القانونية في تلك القرون .

(ثانياً) ان تلك القوانين لم تصل الى وضعها الأخير الا بعد كفاح شاق طويل ، فقد بدأت بفكرة المثالية المفرطة في الخيال ، ثم نازعتها فكرة الواقعية التي لا يكون للقانون معها سلطان ، ثم امتزجت الفكرتان على مر الزمن ، وخرجت منهما فكرة وسط استقام معها الأمر الى حد ما .

(ثالثاً) ان فكرة المثالية الممثلة فيما سمي بالقانون الطبيعي ليست ثوباً دينياً (١) في مرحلة من مراحل حياتها على يد الكنيسة المسيحية في القرون الوسطى لما تبنتها ودافعت عنها للملاءمة لتعاليمها الدينية ، ولعل هذا الأمر

(١) ويؤيد ذلك أن رجال القانون عندما انتقلت إليهم فكرة القانون الطبيعي من أيدي الفلاسفة ورجال الدين فرقوا بينه وبين القانون الوضعي . فعرفوا القانون الطبيعي بأنه مجموع المبادئ السابقة على وجود البشر والنزلة من عند الله ، والقانون الوضعي بأنه مجموع التشريعات التي يفرضها الإنسان انطلاقاً من الضرورات الاجتماعية . فالأول خالد إلى الأبد ، والثاني ظرفي . راجع الدكتور محمد عرفة في مبادئ العلوم القانونية ص ٢٣

يختفي وراءه السر في وصف بعض رجال القانون الفقه الاسلامي بأنه « فقه
مثالي » لأنه في نظرهم عبارة عن مجموعة من الأحكام نزلت بها نصوص
الوحي في فترة زمنية معينة ، بل في بقعة من العالم معينة متأثرة بعنصرى
الدين والأخلاق . وكثيراً ما حالت هذه النصوص بينه وبين واقع الناس
وما تعارفوا عليه .

ومن ثم يكون عبارة عن مثل عليا . ليس بينه وبين الواقع صلة ،
فلا يصلح للعمل به .

(رابعاً) ان الوضع الذى انتهى اليه رجال القانون بعد ذلك الجهاد
الطويل من اعتبار الواقع بعد تقويمه وتقديره بميزان العدل ليس أمراً جديداً
بل هو في شريعة الله قديم . حيث قرره الاسلام من أول أمره ، وسار عليه
فقهاؤه الى الآن . فهو لم يكن مثالياً بالمعنى الذى بدأت به القوانين ، ولا واقعياً
بالمعنى المقابل له عندهم ، فهو لم يكن خيالياً في يوم من الأيام ، ولا واقعياً
خاضعاً للأهواء والشهوات . بل كان ولا يزال واقعياً معقولاً . يسير
مع الواقع بعد تقديره بميزان العدل الالهى البعيد عن أغراض الناس ونزواتهم
وهو ما قصدنا اثباته بعد إبطال شبه الطاعنين فيه .

واقعية الفقه الإسلامى

ان الفقه الاسلامى بعيد كل البعد عن الواقعية بالمعنى الأول ، وهو
الخصوع للواقع في كل شيء ، ونجده عن المثل العليا ، ولم يقل أحد عنه
إنه واقعى بهذا المعنى ، لا من أنصاره ، لأنها تبين حقيقته ، مع أنها لا تشرفه
حتى يدعيها أنصاره ترويحاً له ، ولا من أعدائه ، لأنهم يستفقدون على وصفه
بالمثالية المضادة لتلك الواقعية . والقرآن الكريم نفى هذا النوع من الواقعية
نفياً صريحاً في كثير من آياته التى تحارب الأهواء واتباعها ، وتجعل السلطان
لما أنزله الله ، وتتوعد المتبع لهواه ، أو هوى الناس بالعقاب الشديد .

فانه سبحانه يأمر رسوله بأن يحكم بين الناس بما أنزله اليه ولا يتبع
أهواءهم فيقول :

”وأُنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيئاً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة . ولكن ليلوكم في ما آتاكم فاستبقوا الخيرات إلى الله مرجعكم جميعاً فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذروم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم وإن كثيراً من الناس لفاسقون أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون“ (١) .

ويحذره في غير آية من عاقبة اتباع أهوائهم فيقول :
”ولئن اتبعت أهواءهم بعد الذي جاءك من العلم مآلئك من الله من ولى ولا نصير“ (٢) .

وفي أخرى يقول :
”ولئن اتبعت أهواءهم من بعد ما جاءك من العلم انك اذا لمن الظالمين“ (٣) .

وفي ثالثة يقول :
”ولئن اتبعت أهواءهم بعد ما جاءك من العلم مآلئك من الله من ولى ولا واق“ (٤) .

(١) المائدة - ٤٨ ، ٤٩

(٢) ، (٣) البقرة - ١٧٠ ، ٢٤٥

(٤) الرعد - ٣٧

وصرح بأن اتباع الأهواء يؤدي الى فساد العالم " ولواتبع الحق أهواءهم
لفسدت السموات والأرض ومن فيهن " (١)، وينبى على الذين يشرعون
بأهوائهم ، فيحلون ويحرمون ، ويتوعدهم بالعقاب . " قل أرأيتم ما أنزل
الله لكم من رزق فجعلتم منه حراماً وحلالاً . قل الله أذن لكم أم على الله
تفترون . وما ظن الذين يفترون على الله الكذب يوم القيامة ان الله للنو
فضل على الناس ولكن أكثرهم لا يشكرون " (٢) .

ثم بين أن هذه سنته في شرائعه السابقة مخاطباً نبيه داود عليه السلام
" يا داود انا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع
الهموى فيضلك عن سبيل الله ان الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد
بما نسوا يوم الحساب " (٣) .

تلك آيات من كتاب الله - وغيرها كثير - بينت في وضوح أن التشريع
الاسلامى لا يخضع للأهواء والرغبات ، وما واقع الناس في أغلب صوره
الا مزيج من الأهواء والشهوات تثيرها وتبرزها الى عالم الوجود ما خفى
من الرغبات ، فالقول بأنه يتبع الواقع ويسير وراءه في كل شيء مخالف
للواقع .

ويدل لذلك من جهة المعقول (٤) أمران .

(١) المؤمنون - ٧١

قيل إن المراد بالحق هو الله عز وجل ، والمضى . لو أجابهم الله إلى ما في أنفسهم من الهموى ،
وشرع الأمور على وفق ذلك لفست السموات والأرض ومن فيهن لأن شهوات الناس تختلف
وتتضاد .

وقيل المراد به القرآن . والمضى لنزول القرآن بما يحبون ويشتهون لفست السموات
والأرض . راجع تفسير القرطبي ج ١٢ ص ١٤٠ ، وتفسير ابن كثير ج ٣ ص ٢٥٠ ،
والبحر المحيط ج ٦ ص ٤١٤ .

(٢) يونس - ٥٩ ، ٦٠ .

(٣) ص - ٢٦ .

(٤) راجع الموافقات الشاطبي ج ٢ ص ٣٧ وما بعدها ، ج ٤ ص ١٣١

أولهما : أن هذه الشريعة جاءت لاجراء المكلفين عن دواعي أهوائهم
» كتاب أنزلناه اليك لتخرج الناس من الظلمات الى النور باذن ربهم
الى صراط العزيز الحميد « (١) .

فكيف يتبع واقعهم المملوء بالأهواء ، وهل هذا الاتهافت ؟ .

وثانيهما : ان منافع الناس ومضارهم في غالب أمرها اضافية لا حقيقية
لأن الشيء قد يكون نافعا في وقت دون آخر ، وفي حال دون حال ،
وبالنسبة الى شخص دون سواه ، فالمنفعة بالنسبة للجماة قد تكون ضررا
عند آخرين .

ويتبع ذلك أن الأغراض في الأمر الواحد تختلف بحيث اذا نفذ غرض
بعض تضرر آخر لمخالفة غرضه ، فحصول الاختلاف في أكثر الأحوال
يمنع أن تكون الشريعة في ملاحظتها المصالح تلاحظ الغرض أو الهوى ،
لأنه لا تستقر أحكامها ، ولا تضبط قواعدها الا بملاحظة المصالح مطلقة
عن ملاحظة الأغراض والأهواء .

ومن هنا كان لابد فيها من تقدير واقع الناس وتقويمه بميزان العدل
بعيدا عن أغراضهم .

وهذا ما سلكه التشريع في واقع الناس عند مجيئه ، فقد أقر منه الصالح
وأبغى الفاسد (٢) ، وتوعد بالعقاب على فعله ، ولو كان يخضع للواقع

(١) ابراهيم - ١

(٢) ولقد خالف رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل الجاهلية في مسائل كثيرة اجتدعوها
من غير أن يكون بها أهل في دينهم . الاديان السبوية « ولما مبها هوى النفوس وشهواتها .
اشار الى ذلك ول الله الدهلوى في كتابه حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٤ وما بعدها . فقد كتب فصلا
يعنوان . بيان ما كان عليه حال أهل الجاهلية فأصلحه النبي صلى الله عليه وسلم . تكلم فيه عما
كان لدى العرب عند بعثة الرسول من احكام باقية من الشرائع السابقة كشرية ابراهيم وولده اسماعيل
عليهما السلام وعد منها أشياء كثيرة وبين متى دخل الفساد عليهم ، وأن أول من أدخله عليهم بمقله الكاسد
صرون بن لحي ، فهو الذي أدخل عليهم عبادة الاوثان وسبب السوائب وبخر- اليحازن . قبل مبث =

لما كان له وجه في التفرقة ، بل لما كان هناك داع لحجته أصلاً ، ومن يتتبع نصوص الشريعة يجد فيها مجموعة نصوص ناهية تنهى عن كثير مما كان يفعل الناس حين نزولها ، والقرآن وضع الأساس للمأمورات والمنهيات في قوله تعالى " ان الله يأمر بالعدل والاحسان وابتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى " (١) .

وقوله " ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث " (٢) .

وفي شأن تبادل الأموال يقول " وأحل الله البيع وحرم الربا " رداً عليهم في قولهم " إنما البيع مثل الربا " (٣) ، ثم يرسم لهم طريقه مهلهلاً الكثير مما كانوا يفعلونه بقوله " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (٤) ، ويبيح رسول الله فيبين هذا الاجمال الرابض وراء كلمة الباطل ، فبينى عن أنواع من البيوع كثيرة ملأت واقع الناس حين بعثته وقبلها . عد منها ابن العربي في تفسيره (٥) خمسة وخمسين وجهاً . فبينى عن بيع الملامسة والمتابذة واللقاء الحصة ، كما نهى عن بيع المعلوم والغرر وبيع ما لم يقبض ، وبيع المضطر والمضامين والملاقيع ، وقال لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ، ولا يبيع حاضر لباد وغير ذلك .

= الرسول بما يقرب من ثلاثمائة سنة ، وأن الرسول بعد بعثته نظرياً عندهم ، فما كان من بقايا الملة الصحيحة أبقاء وأمر بالأخذ به ، وما كان من تحريفاتهم فناء وأكد فيه ، ثم ضبط لهم المبادئ ورسم لهم الطرق الصحيحة لمعاملتهم وغيرها ، هذا وقد عد الإمام محمد بن عبد الوهاب من هذه المسائل مائة مسألة في كتيب بعنوان وسائل الجاهلية التي خالف فيها رسول الله أهل الجاهلية وقام بشرح هذه المسائل علامة العراق السيد محمود شكرى الألوسى . والمسائل بشرحها مطبوعة في كتاب زاد على المائة والخمسين صفحة من نشر المطبعة السلفية ومكتبتها بالقاهرة .

(١) النحل - ٩٠

(٢) الأعراف - ١٥٧

(٣) البقرة - ٢٧٥

(٤) النساء - ٢٩

(٥) أحكام القرآن ج ١ ص ١٠٢

وفعل مثل هذا في بقية المعاملات ، والنكاح مما كان موضع اختلاف بين الفقهاء في مدى تأثير النهي فيه فيما بعد .

هذا هو موقف الفقه الاسلامي من الواقعية بالمعنى الأول لا يقرها ، بل يعاديا ويرفضها في صراحة .

أما واقعيته بالمعنى الثاني فالتناسل ازاءها صنفان

صنف يجرده منها ويلحقه بالمثالية المجردة التي تنفر من الواقع وتعاديه وصنف آخر يعترف له بتلك الواقعية ، ولا يعيب عليه الا دعوى قفل باب الاجتهاد فيه التي سببت له التوقف عن التقدم في بعض موضوعاته حتى زاحته القوانين الوضعية في كثير من بلدان الاسلام .

ولعل نفاة الواقعية عن هذا الفقه نظروا الى ما لعنصرى الأخلاق والدين فيه من أثر ، فحسبوه أحكاماً أخلاقية دينية جاءت لتهديب النفوس والسمو بها في مدارج الكمال ، لاصلة لها بالمجتمع ونظامه ، لأن الأخلاق في نظرهم صفات كمالية ترتفع بالنفس الى عالم المثال والروحانية البعيدة عن الواقع وعالم المادة .

والدين الذي عرفوه هو في أصله عبارة عن وصايا خلقية . جاءت لجرد تهديب النفوس لا لتنظيم المجتمع اختلط بها على مر السنين بعض تعاليم شاقة فيها غموض من وضع رجال الكنيسة تمنع الناس من التمتع بما في الحياة من متاع ، وتأمروهم بالانقطاع عن الدنيا والزهد فيها (١) فأنى لفقه تأثر بهذا وذلك أن يسائر الحياة ويلائمها ؟

ثم تأكد ذلك لديهم لما وجدوه يحارب الواقع في نطاق رفضه الكثير مما تعارفه الناس وعملوا به .

ومن هنا نستطيع أن نحصر شبههم التي منها خرجت دعواهم في أمور ثلاثة :

(١) سنوضح ذلك عند الكلام على أثر الدين فيه .

١ - تأثره بالعنصر الأخلاقي .

٢ - تأثره بالعنصر الديني .

٣ - موقفه من العرف .

وسنعرض هذه الشبه على بساط البحث ليتبين للناس ما فيها من زيف وبعد عن الحقيقة ، وأنها نشأت من عدم العلم بما في هذا الفقه من مبادئ وأسس تلتئم مع الواقع وتسايره .

أثر العنصر الأخلاقي في فقه الاسلام

أما أثر العنصر الأخلاقي : فمن الناس من يجعل للأخلاق أثراً ينياً في أحكام هذا الفقه يسمو به عن واقع الناس حيث يغلب عليه عنصر التهذيب بل أبعد بعضهم وجعله والأخلاق شيئاً واحداً يقابل القانون ، لا أثر له في التنظيم . ولترك الكلام لزميلنا الدكتور حسن كبره ليحدثنا عن موقف بعض رجال القانون من هذه المسألة .

وما هو ذا يتكلم في مدخله (١) تحت عنوان « القانون والأخلاق » فيقول . ما ملخصه :

أما التفرقة بين القانون والأخلاق فهي تفرقة عريضة في القدم وإن اختلفت إليها السبل ، وتباينت بشأنها المعايير ، ويجدر قبل بيان أوجه هذه التفرقة وأساسها التنبيه الى أن القانون يلتقي مع الأخلاق في كثير من قواعدها ، كذلك التي تحرم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، والتي تدعو الى الوفاء بالعهود دون أن يجر ذلك الالتقاء الى الاختلاط بين الأخلاق والقانون ، بل يظل لكل منهما نطاقه وغايته .

وبعد أن بين أن القانون قد ينزل عن بعض المثلث الأخلاقية في سبيل تحقيق الاستقرار والأمن تساءل عن مناطق التفرقة بينهما ، ثم أجاب

(١) وكذلك في كتابه أصول القانون ص ٣٨ وما بعدها مع زيادة تفصيل .

بأن بعض الفقهاء يرون أن الأخلاق تقتصر على حكم الحياة الباطنة في الضمير التي مازالت في النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج الى الوجود بعد في صورة أفعال ، والقانون يقتصر على الأفعال المحسوسة دون ما وراءها من دوافع خفية .

ثم رد ذلك بأن الأخلاق وإن كانت تعني بمحض المقاصد والنوايا الباطنة فهي لا تقتصر على ذلك ، بل تمتد الى كثير من الأفعال الخارجية ، لأنها لا تقتصر على بيان واجبات الفرد قبل ربه ، وواجباته قبل نفسه فحسب ولكنها تجاوز ذلك الى بيان واجباته قبل غيره من الأفراد ، وهو ما يتناول عالم النية وعالم المحسوس من الأفعال على حد سواء ، وكذلك القانون لا يقتصر على الأفعال المحسوسة ، بل يتعدى ذلك الى ما وراء الأفعال من دوافع ، ففي نظرية التحسف في استعمال الحق وغيرها خير دليل على ذلك .

ثم قال : ويرجع فقهاء آخرون مناط التفرقة الى الجزاء ، فجزاء مخالفة القانون مادية توقعه السلطة الحارسة للقانون ، وجزاء مخالفة الأخلاق معنوية ، وهو تأنيب الضمير أو استنكار الناس .

ومع أن هذا الفرق صحيح في نظره إلا أنه لم يعترف بكفايته فيلجأ الى التفرقة بينهما من جهة أخرى ، وهي الغاية والمهدف ، فغاية الأخلاق غاية مثالية ، هي السمو بالإنسان نحو الكمال ، وغاية القانون واقعية نفعية هي إقامة نظام المجتمع ليحقق الأمن والاستقرار فيه ، فقواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة الى الفرد بقصد تطهير نفسه وروحه ، وقواعد القانون متوجهة اليه بقصد تحقيق ضائع الجماعة . فالأخلاق تحدد سلوك الفرد بالنظر لذاته فتحضمه لضميره ، والقانون يحدد سلوكه بالنظر للمجتمع .

ومن هنا قالوا : أن القانون نظام المجتمع والأخلاق نظام الفرد ، فهما نظامان مختلفان في الغاية والمهدف حتى في بعض الأحكام التي يختلطان فيها في الظاهر . ففلا القانون والأخلاق يتفقان على تحريم القتل إلا أن القانون

يحرمه لما يترتب عليه من آثار تضر بالمجتمع ، والأخلاق تحرمه لما له من آثار
سنية في نفس القاتل من انغماسها في الرذيلة وانطباعها على الشر .

فمحكمة الأخلاق هي الضمير حيث تدور معركة الخير والشر في ذاته
ومحكمة القانون هي محكمة المجتمع حيث يصطرح النفع والضرر الاجتماعي .

وإذا اختلفا في الغاية اختلفا في نطاق العمل بكل منهما ، فيحلل القانون
بعض ما تحرم الأخلاق كالربا (١) وتبع ذلك الاختلاف في الجزاء .

وفوق ذلك فإن الأخلاق تقتصر على بيان الواجبات دون تقرير الحقوق
فهى حين توجب على القادرين مساعدة المحتاجين لانتشئ بذلك حقاً
للمحتاجين على القادرين (٢) .

تلك هي الفروق التي اختارها وأصر عليها . بدليل أنه عندما وجد
بعض الفقهاء الغربيين كالفقيه الفرنسي « ريبير » يعترف بأن القانون أخذ
في الاصطباغ بصبغة أخلاقية حتى ليكاد القانون عنده يختلط ويتحد بالأخلاق
مستنداً الى أن القانون أخذ بنظرية التمسك في استعمال الحق ، ونظرية
الظروف الطارئة ، لما وجد هذا الاعتراف يقرب الاتحاد أي الاتفاقية

(١) وهنا نساؤل من إياها الربا في القانون ، هل أدت هذه الإجابة الى الاستقرار
والأمن في المجتمع الذي ينشده القانون ، أم الأمر بالعكس ؟

إنه أصرار الربا لا يحتاج إلى بيان ، فقد اعترف بها العقلاء في كل عصر ، بل
إن رجال الاقتصاد في الأمم الغربية التي لاتدين بالاسلام اعترفوا بما فيه من أضرار
ومساوئ خطيرة . كما يقول الدكتور عبد الله العرفي في مقال له عن فكرة النبوة في الاسلام
المفطور في مجلة القانون والاقتصاد بالمدينين الثالث والرابع من السنة السادسة والعشرين .

(٢) إذا كان يقصد بالأخلاق ما يرادف الفقه الاسلامي فهذه الدعوى غير صحيحة ،
لأن الفقه لم يقتصر على بيان الواجبات بل بين معها الحقوق أجل بيان ، وهذا المثال
الذي مثلوا به وهو مساعدة المحتاج لا يثبت تلك الدعوى . حيث انه مجرد تبرع واحسان لا يترتب
عليه حق لأحد ، والقرآن يقول «ماعلى المحسنين من سبيل»

وكيف نوفق بين هذا وبين ما في نظرية التمسك في استعمال الحق ، ونظرية الظروف
الطارئة بين حقوق وواجبات وهي تنجم من التقاضيا الأخلاقية ؟ ١ .

وتثبيت البعد بينهما (١) موجهاً ذلك بأن القانون حيناً يأخذ بنظرية أخلاقية لم يأخذها لأنها مثل أخلاق سام ، بل أخذها لما فيها من نفع للمجتمع .

فهذا كلام صريح في أنهم لم يقصدوا بالأخلاق مدلولها الاصطلاحي (٢) وهي الصفات التي يجب أن يتحل بها الإنسان إذا كانت حميدة ، كالصدق والأمانة والوفاء بالوعد وما شابهها ، والتي يجب عليه أن يتحل بها إذا كانت غير ذلك ، كالكذب والخيانة وخلف الوعد وغيرها .. بل أرادوا بها ما يرادف الفقه الاسلامي ، بدليل تمثيلهم بأحكامه من تحريم القتل والربا ، وعدم ثبوت الملك بالحيازة ، وعدم سقوط الدين بالتقادم ونظرية التعسف في استعمال الحق ، والظروف الطارئة وغيرها ، وقولهم ان الأخلاق لا تقتصر على واجبات الإنسان نحو ربه ونفسه ، بل تتجاوزها الى واجبات الشخص نحو غيره .

وهي محاولة لنفي فائدته في تنظيم المجتمع وقصرها على تهذيب النفس الأمر الذي يجعل من الفقه الاسلامي فقهاً غير صالح للعمل ولا للتقنين (٣)

(١) ويود أن يرجع ذلك الفقيه عن رأيه ، بل يميل الى تسجيل رجوعه عنه في كتاب آخر ، فيقول في هامش ص ٤٠ من كتابه أصول القانون : يبدو أن ريبير قد غير هذه النظرية ، فهو في كتابه الأخير عن «القوى الخلاقة للقانون» يسجل ملاحظته السنوات الأخيرة من كثرة انحراف القانون عن قواعد الأخلاق ، ويحذر من هذه الظاهرة الخطيرة ، ويؤكد استمساكه بالأخلاق كأساس للقانون وكماص مآيتهد المدنية من خطر انتشار هذه الظاهرة .

(٢) هذا وإن كان بعض شراح القانون كالـ دكتور محمد عرفة في مبادئ العلوم القانونية ص ٣٨ . من الطبعة الثالثة ، والدكتور جمال الدين زكي في كتاب نظرية القاعدة القانونية عرفاً الأخلاق بما يقرب من معناها الاصطلاحي إلا أنها عند التمثيل لها مثلاً بأحكام فقهية كتحريم الربا ولعب الميسر ...

(٣) ألا ترى أنه يقلل من أهمية جعل الشريعة الاسلامية مصدراً من مصادر القانون بعد العرف والتشريع . فيقول في أصول القانون ص ٣٦٦ وما بعدها . وإذا كان المشرع المصري في التثنتين المدف الجديد قد جعل من مبادئ الشريعة الاسلامية مصدراً رسمياً اجتباطاً يجب على القاضي الرجوع اليه بعد العرف وقبل الاتجاه الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وكان ذلك حقيقةً بإيجاد مجال لتطبيق الشريعة الاسلامية مما قد يكون له أثره في انهاس =

ولا أدل على ذلك من قولهم « فغاية الأخلاق غاية مثالية هي السمو بالإنسان نحو الكمال ، وغاية القانون غاية واقعية نفعية هي إقامة نظام المجتمع وتحقيق الأمن والاستقرار فيه » .

وهذا التصوير جانبه الصواب من وجهين :

أولهما : جعلهم أحكام الفقه كلها أحكاماً خلقية ليسهل عليهم إبعادها عن دائرة التشريع والتقنين لما هو مركز في أذهان الناس أن القانون شيء والأخلاق شيء آخر .

وثانيهما : نفى تأثير الأخلاق في المجتمع وقصر تأثيرها على نفوس الأفراد .

وأكرر الظن عندئذ أنهم قالوا ذلك تقليداً لرجال القانون الغربيين في هذا الموضع بدليل أن كلامهم في موضع آخر جاء متفقاً مع الحقيقة أو هو عنها (١) .

والكتاب الأجانب حينما يكتبون عن الاسلام تتحكم فيهم روح التعصب فتجيد بهم أقلامهم عن الصواب كما يقرر ذلك الدكتور محمد حسين هيكل

== الفقه الاسلامي وحياته بعد أن طال سياحه منذ أقفال باب الاجتهاد فينبغي أن يراعى - رغم ذلك - أن الاجتهاد الى الشريعة لن يتأق في العمل الا نادراً نظراً لأن التشريع - وهو المصدر الرسمي الأول للقانون المصري - قد غدا في العصر الحديث غزير الانتاج وسريعه على السواء مما لا يدع مجالاً كبيراً للاجتهاد الى العرف ، وهو المصدر الذي يليه في الترتيب مع أنه مصدر حي معاصر للصناعة ومتجاوب مع تطورها ، وبالتالي ومن باب أولى لا يكاد يترك فرصة للمصدر الذي يلي العرف في المرتبة ، وهو مبادئ الشريعة الاسلامية ، وخاصة في وضعها الراهن الذي ثبت عليه دون تطور منذ قرون عديدة نتيجة اقفال باب الاجتهاد فيها فضلاً عما يكون هناك من تعارض بين مبادئ هذه الشريعة وبين المبادئ العامة الأساسية للقانون الوضعي المصري الحالي .

(١) في الكلام على مصادر القانون عرفوا الدين بأنه القواعد والأحكام التي ينزلها الله بوحى من عنده على الناس ، وهي تنظم وتتحكم عادة المبادئ أى علاقة المزم به ، والأخلاقيات . أى علاقة المزم بنفسه . وقواعد المعاملات بالمعنى الواسع . أى القواعد التي تحكم علاقة المزم بغيره . أصول القانون ص ٢٥٦ وفي ص ٢٦٠ ، أما الدين الاسلامي فقد نزل به الوحي دينا وقانوناً في آن واحد الخ .

في مقدمة كتابه حياة محمد (١) والدكتور حسن سغفان في كتابه (٢)
« الدين والمجتمع » وغيرهما .

« ونحن نتكلم معهم في الأمورين .

أما الأول : فن المعلوم لدى كل من عرف مبادئ الاسلام الأولية
أن له ثلاث شعب : شعبة العقيدة ، وشعبة الأخلاق ، وشعبة الأحكام
العملية .

أما العقيدة فتقوم على الايمان بالله وتوحيده بالعبادة والتقديس والخضوع
له والرجوع اليه في كل ما يعن للانسان ، لأنه واهب الوجود ومصدر
كل خير ونعمة ، والايمان برسله وكتبه التي أنزلها عليهم وملائكته
الذين لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون ، والايمان بالغيب
وما فيه من أسرار لا يعلمها الا الله ، ومنه الايمان باليوم الآخر وما فيه
من حساب وجزاء .

فاذا آمن المرء بذلك كله وجُدَّ عنده رقيب في نفسه يراقبه في سره
وعلانته ، ذلك الرقيب هو الضمير الحى الذى يولد مع الايمان بما سبق .

وأما شعبة الأخلاق فتقوم على تحلية النفس بحمائل الصفات بعد تجريدها
من قبيحها ، فبين الاسلام الصفات المرذولة ، وحَمَّ على العبد التخلّى عنها
وتطهير نفسه منها ، والصفات الفاضلة ، وطلب منه أن يتخلق بها ، وأن يجعل
لنفسه حلية منها .

فالكذب وخلف الوعد والغيبة والنميمة والحقد والحسد والغش والخداع
والجبن والخور والحيانة وما شاكلها صفات مرذولة أفسدت على الناس

(١) ص ٢٨ الطبعة الثانية .

(٢) يقول في أول صفحة من هذا الكتاب : ان الكتب الأجنبية التي تتعرض للكتاب
عن مبادئ الاسلام كثيرا ما نجد روح التنقيب الويل يادية في أسلوب مؤلفيها وطريقة عرضهم
لمبادئ الاسلامية .

حياتهم ، وأفارت العداوة والبغضاء بينهم . فوق أن العقول السليمة نمجها وتنفر منها ، لذا أوجب الشارع على المرء أن يتخلى عنها حتى لا تكون معولا يهدم صرح العلاقة بينه وبين أخيه الانسان .

»

والصدق والوفاء بالوعد والاخلاص في العمل والرحمة والتعاون والصبر والعزيمة والشجاعة والإقدام والكرم والاحسان وحب الخير للناس ، والغفو والصفح عن مسيئهم والحياء صفات فاضلة تكمل النفوس وتسمو بها في مدارج الانسانية المهذبة ، وتعين على احكام الروابط بينهم ، "ولمن صبر وغفر ان ذلك لمن عزم الأمور" (١) "ادفع بالتى هي أحسن فاذا الذى بينك وبينه عداوة كأنه ولي حميم" (٢) "فما رحمة من الله لنت لهم ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك" (٣) "وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هوناً وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاماً" (٤) .

وهاتان الشعبتان تتعاونان على اصلاح الباطن ليكون أساساً سليماً يرتكز عليه الظاهر ، فان كل محاولة لاصلاح الظاهر قبل اصلاح الباطن تذهب سدى ، وتجعل من القوانين العملية أداة للتخويف والارهاب لا يمثلها شخص الا تحت سوط التهديد .

وهذا هو السر في عناية القرآن باصلاح العقيدة وتهذيب النفوس وصرفه أكثر آياته الى الأمرين قبل أن يبدأ في تشريع الأحكام العملية التى تنظم الظاهر ، وفي هذا يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديثه المشهور :

ألا وان في الجسد مضغة اذا صلحت صلح الجسد كله
واذا فسدت فسد الجسد كله الا وهى القلب .

(١) الشورى - ٤٣

(٢) فصلت - ٢٤

(٣) آل عمران - ١٥٩

(٤) الفرقان - ٦٣

١١ أما الشعبة الثالثة فهي شعبة التنظيمات العملية ، وقوامها تنظيم الحياة العملية والروابط بين الناس أفراداً وجماعات ، وهي التي تسمى في الاصطلاح الشرعي بالفقه الاسلامي ، وتقابل القوانين ، وتقوم بمهمتها . غير أن تنظيمها أدق وأحكم ، لأنها نظمت الظاهر بعد تنظيم الباطن ، فهي تتساند مع الشعبين السابقين في التنظيم الحقيقي ، فيلتقى تنظيم الباطن مع تنظيم الظاهر وحينئذ يصدر الانسان في امثالها غالباً عن رغبة في النظام وانقياد للأحكام الشرعية بقوة الايمان وغلبة حب الخير لا عن خوف من سلطان القانون وبطشه .

ولعل فيما أخرجه أبو داود والترمذي في صحيحهما عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد المنبر يوماً فنادى بصوت رفيع : « يا معشر من أسلم بلسانه ولم يفيض الايمان الى قلبه لا تؤذوا المسلمين ولا تعيروهم ولا تتبعوا عوراتهم فان من تتبع عورة أخيه المسلم تتبع الله عورته ومن تتبع الله عورته يفضحه ولو في جوف بيته » لعل في ذلك ما يرشد الى أثر الايمان في امثال التكاليف .

ولكن القوانين الوضعية التي تنظم الظاهر دون أن تعرض للباطن فلن تستطيع حمل الناس على امثالها إلا تحت تأثير التخويف والارهاب بما تفرضه من جزاء على المخالفة ، فاذا أمنوا العقاب لم يكن في نفوسهم أثر لهيبة ولا احترام ، فهي اذا ليست ما نعة من المخالفة ، وإنما تمنع من الظهور بها فقط .

فكم من المخالفات ترتكب على حين غفلة من القانون .

وما تعرض له في بعض الأحيان مما يدخل فيه العنصر الأخلاقي لا تعرض له من ناحية أنه مهذب النفوس بل من ناحية ما فيه من نفع المجتمع . كما سبق تصريحهم بذلك ، أو يقولون انه من قبيل الآداب العامة والسلوك العام الذي لا يستغنى عنه المجتمع .

وإذا ظهر لنا أن الأخلاق شيء ، والفقه الاسلامي شيء آخر كان اطلاق كلمة الأخلاق على أحكام الفقه اطلاقاً غير حقيقى ، وان صبح هذا الاطلاق يكون لما بينهما من التعاون والتساند على تحقيق هدف المشرع من تشريعه ، وهو تنظيم المجتمع تنظيمًا حقيقياً .

غاية الأخلاق

بقى الأمر الثانى وهو جعلهم غاية الأخلاق غاية مثالية هى تهذيب النفوس دون أن يكون لها أثر فى تنظيم المجتمع .

وهو محدود كسابقه ، لأن الشارع حينما شرع الأخلاق لم يقصد بها اعداد النفوس البشرية لتكون ملائكة تخلق فى عالم الروح بعيداً عن المجتمع الواقعى ، بل قصد بها تهذيب النفوس لتكون نفوساً خيرة غير شريرة ، فيصلح المجتمع الذى يتكون منها ، ومالمجتمع الا بناء ضخّم لبناته الأفراد فاذا كانت اللبنة صالحة كان البناء سليماً (١) ، وإذا فسدت اللبنة أو بعضها كان البناء عرضة للانهار فى كل حين ، فأثر الأخلاق بين واضح فى تنظيم المجتمع ، والقوانين بدونها لا تغنى عنها ولا تحقق هدفها (٢) .

(١) أو كما يقول أستاذنا الأكبر فى كتابه نظرية الاسلام فى بناء المجتمع « وماالمجتمع فى واقعه الا الأفراد التى هى لبناته ومنها يتكون » وماالأفراد فى واقعه الا المجتمع الذى منها يتكون ، فيقدر صلاح الأفراد يصلح المجتمع ويقدر فسادهم يفسد المجتمع » .

(٢) ولقد اهتم بعض الفقهاء الفريين بأثر الأخلاق الظاهر فى تحقيق القانون غايته ، فالفقيه الفرنسى ريبير فى كتابه « عن القاعدة الخلقية فى الالتزامات المدنية » كما نقل عنه الدكتور كبره فى أصول القانون ص ٤٠ - يذهب الى أنه لا يوجد فارق بين القانون والأخلاق لأن حيث الغاية ولا من حيث التعلق ، فقواعد القانون كلها محكومة بالأخلاق ، وهو مايعطيه سنداً متيناً من الشرعية والالتزام فى نفوس الأفراد يجعلها أكثر قبولاً و مراعاة فى التطبيق العملى » وبعد أن بين أن الأخلاق فى صراع مستمر على التسلل الى القانون لتوجيهه وحسكه قال : إن التلبه فى النهاية لابد منكونية للأخلاق طالما يفتقد القانون الأساس المثال ، وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون فى سبيل سيادة المثل الأخلاقية .

وفى كتابه عن « القوى الخلاقية للقانون » يحذر من انحراف القانون عن قواعد الأخلاق - لما شهدته من هذا الانحراف فى السنوات الأخيرة - ويؤكد استمساكه بالأخلاق كأساس للقانون وكماصمما يهدد المدغية من انتشار هذه الظاهرة » .

فلو تصورنا مجتمعاً ترك فضيلة الصدق ، وتخلق بتقيضه وهو الكذب ، والكذب قلب الحقائق أو الاختيار بما لا يطابق الواقع . كما يقول علماء الأخلاق . فإذا يكون مصير العلاقات في هذا المجتمع الكذاب ، وأى فائدة للقوانين فيه ؟

وكيف تصل الحقوق الى أصحابها مع هذا الكذب المفسد للذمم ؟

ألم توجب القوانين كلها تخليف المدعى عليه اذا انعدمت البينة ؟ فأى فائدة لليمين مع انعدام الصدق ؟ بل أى فائدة للشهادة التى عليها تبنى الأحكام مع عدم الاطمئنان الى صدق الشهود ؟ (١)

ولو تجاوزنا ذلك وتصورنا مجتمعاً عمت فيه النخمة وحب الانتقام واستباح كل واحد أن يقول على غيره ما يحلو له غير متقيد بميزان الخلق ، وقابل المفترى عليه فذلك بالانتقام من المفترى ، فإذا يكون نصيب ذلك المجتمع من الأمن والسلام والاستقرار التى تنشدها القوانين ؟

ألم يكن العفو والتسامح والاحسان الى الغير وحب الخير لهم من دعائم الاستقرار فى المجتمع .

فالعفو يولد العفو ، والتسامح يقتل عداوة النفوس " ادفع بالتي هي أحسن فإذا الذى بينك وبينه عداوة كأنه ولى حميم " والاحسان يأمر النفوس ويوجب المحبة والألفة ، وحب الخير للناس ينتزع الغل والحقد من النفوس ؟

وهل ينكر عاقل ما للحياء من أثر فى عصمة النفوس ومنعها عن ارتكاب المخالفات ، وأنه اذا انعدم الحياء أو قل فى مجتمع انعدم فيه الخير أو ندر ، فتكثر الموبقات ، وقديماً قيل : « اذا لم تستحى فاصنع ما شئت » وهل يستطيع

(١) ولقد أدرك المشرع الوضعى هذا الخطر فرتب على شهادة الزور عقوبات تختلف تبعاً لاختلاف الشهود عليه والأثر الذى يترتب عليها . فقد تكون الشين أو الإشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدية وقد تصل الى الاعدام راسع المواد ٢٨٤ - ٢٩٩ من قانون العقوبات .

انكار ما للاخلاص في العمل من أثر في رقي المجتمع وتقدمه ، وما للعة
والكرامة والحر والاحتياط من الابقاء على استقلال الشعوب واحتفاظها
بهيئها ؟؟

وهكذا تسهم كل فضيلة في بناء السلام والاستقرار ، وبمعكها
تكون الرذيلة معولا يهدم صرح الأمن والطمأنينة فاذا نبغى من الأخلاق
وراء هذا كله ؟؟

نعم ان أثرها الأول يظهر في النفوس فيطهرها ، ثم ينتقل ذلك الطهر
الى المجتمع فينقيه من الأدرا ، فيصبح بذلك مجتمعا صالحا يأمن كل واحد
فيه على نفسه وماله وعرضه .

ثم ان الأحكام العملية ذاتها وان قصد بها تنظيم العلاقات أولا فهي تعود
في غالب صورها الى النفوس بالتهذيب لتقوى العلاقات ، وتقوم على دعائم
متينة .

ألا ترى معي أن الصلاة وهي مظهر من مظاهر العبودية لله يتعدى
نفعها الى المجتمع ، فالنفس اذا خضعت لله وذلت له ، وأيقنت بمراقبته
نعمت بذلك وترفعت عما يضر المجتمع ، كما صرح بذلك القرآن " وأقم الصلاة
ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر " (١) ومن هنا قال رسول الله في شأنها
" من لم ينه صلاته عن الفحشاء والمنكر فلا صلاة له " .

والزكاة وهي ضريبة اليسار في الاسلام التي شرعت لتحقيق التعاون
بين الأغنياء والفقراء لها أثر كبير في تهذيب النفوس ، فتغرس المحبة
في قلوب الفقراء بعد أن تستل منها رذيلتي الحقد والحسد لأرباب الأموال ،
كما تنتزع رذيلة الشح والحرص على المال من نفوس الأغنياء ، ثم تحلها
بفضيلة البذل والاعطاء ، وبهذا وذاك تتلاقى النفوس على الخير ، ويعم
الأمن والاستقرار مجتمع الناس .

(١) التكبوت - ٤٥

ولا يقل الصيام عن ذلك ، فهو مران على فضيلة الصبر ، وجهاد النفس الذى سماه الرسول الكريم الجهاد الأكبر ، ويشعر الغنى بمرارة الحرمان ، فيلين قلبه عطفاً على المحتاجين .

ولا يخفى على منصف ما فى تشريع المعاملات فى الاسلام من نواح خلقية اذا تأملها بعين واعية . فالربا الذى حرمه الاسلام يهدف الى حماية المجتمع من شر الأثانية وحب الذات والتحكم فى الغير وسلب أمواله بدون وجه حق ، ويبث روح التعاون ، فتطهر النفوس وتتحلى بثوب القناعة .

ولما فى الربا من خطر على المجتمع توعده الله فى كتابه المرابين باعلان الحرب عليهم فى الدنيا " فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله " (١) وبالعقاب الشديد فى الآخرة " ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون " (٢) .

وأعلن رسول الله فى خطبة الوداع اهدار ربا الجاهلية ، وأنه موضوع تحت قدمه فقال : « ألا ان كل شئ من أمر الجاهلية تحت قدمى موضوع ، وربا الجاهلية موضوع كله ، وأول ربا أضعه ربا عباس بن عبد المطلب » (٣) .

ولم يقتصر تحريره على هذه الأمة بل قد حرمة الله فى الشرائع السابقة (٤) وهو دليل قبحه الدائم ، وقل أن يغلو تشريع اسلامى من مراعاة الجائنين .

(١) ، (٣) البقرة - ٢٧٩ ، ٢٧٥

(٣) ابتاع الأصماع المقرئى ج ١ ص ٥٢٣

(٤) لقد صرح القرآن بتحريره على اليهود " فيظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم ويصدعهم عن سبيل الله كثيرا وأهدمهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل " المائدة - ١٦٥ ، ويقول ابن كثير فى تفسيره ج ١ ص ٥٨٤ : إن الله قد نهام عن الربا فتناولوه وأخفوه واحتالوا عليه بأنواع الجليل ، ويقول أبو حيان فى البحر المحیط ج ٣ ص ٣٩٤ عند تفسير الآية السابقة : « قالوا والربا حرم فى جميع الشرائع » ، وروى الكاسانى فى بدائنه ج ٢ ص ٣١٢ أن رسول الله كتب إلى مجوس هجر : إما أن تذرؤا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسوله .

جانب الفرد وجانب المجتمع وان اختلف في أيهما قصد أولا ، وأيهما يأتي في المرتبة الثانية ، وهو بذلك يبحث جذور الفساد ويبني المجتمع بناء سليما من العيوب ، ولا غرو فصدره الأول وحى الله الذى يملك الظاهر والباطن ، ويعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور ، فهو أعلم من غيره بما ينفعه في ظاهره وباطنه ، وقد قال سبحانه - عند خلق آدم - رداً على استفسار ملائكته عن الخليفة الذى يكون فى الأرض " انى أعلم ما لا تعلمون " (١) .

وبمقارنة بين تشريع الاسلام والتشريع الوضعى فيما يتعلق بجريمة ماسة بالعرض والشرف والنسب « جريمة الزنى » تلك الجريمة الخلقية الفاضحة نجد الفرق بينهما شاسعاً .

فالتشريع الوضعى أباحها فى الأصل ، بل ونظمها بفتح بيوت البغاء الرسمى ، وقد فتحت فى بلدنا الاسلامى ، وبقيت مفتوحة الى عهد قريب ثم أغلقت وان كان اغلاقها لم يؤثر الا فى منع علنيها فقط ، والا فالقانون لا يزال يحمىها ويغض عينه عنها . حيث لم يفرض عليها عقوبة الا فى حالات خاصة ، حالة الاكراه ، وفى فراش الزوجية ، والصغيرة التى لم تبلغ سن الثامنة عشرة ، وفيما عدا ذلك لا عقاب ، بل لا مؤاخذه ما دام الرضا متوفراً بين الزانى والمرأة البالغة من الزواج بعيداً عن فراش الزوجية (٢) .

ولم يلتفت المشرع الوضعى للآثار السيئة التى ترتب على هذا الفعل من اختلاط الأنساب ، وكثرة وجود الأولاد غير الشرعيين الذين تزدحم

(١) البقرة - ٣٠

(٢) راجع المواد - ٢٦٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٢٧٤ ، ٢٧٧ من قانون العقوبات . وأحكامها بتلخيص فى أن العقوبة لاتوقع على الزانية إذا حدث للفعل برضاها وكانت غير متزوجة ، أو كانت متزوجة ولم يرفع زوجها الدعوى عليها ، أو رفعها ولم تسمع منه لسبب ما ، أو رفعها وصحمت منه ولكنه أوقف الاجراءات ، أو أوقف تنفيذ الحكم برضاها بمباشرتها . والرجل لا يعاقب إذا زنى بأمرأة غير متزوجة أو متزوجة ولم يرفع زوجها الدعوى عليها ، أو رفعها ولم تسمع منه لسبب ما ، والمتزوج لا يعاقب إذا ارتكبها بعيداً عن منزل الزوجية ، أو فيه ولم يرفع زوجته الدعوى عليه .

بهم الملاجئ ، والعار الذى يلحق الطرفين بما يجره التماذى فى هذه الفعلة
الشنيعة من استخفاف بالأعراض وإهدار كرامتها .

ولعل السر فى سلوك قانوننا الوضعى هذا المسلك هو أنه مستمد فى أصله
من القانون الفرنسى الذى تأثر واضعوه بعادات بلادهم وتقاليدها ، فهى لا تعتبر
هذه الفعلة جريمة الا اذا صحبها اكراه أو كانت فى فراش الزوجية ... وهل مثل
ذلك يستسيغه العقل فى بلادنا ذات التقاليد والعادات المغايرة تماماً لما عند
الفرنسيين ؟؟

أما التشريع الاسلامى فقد اعتبرها جريمة فى جميع صورها يستحق
فاعلها العقوبة المقررة متى ثبت وقوعها بدليل صحيح من اقرار أو شهادة
يستوى فى ذلك الرضا والاكراه ، فى فراش الزوجية أو بعيداً عنه ،
رضى الزوج بذلك أو لم يرض ، بلغت المزنى بها سن الزواج قانوناً أو لم
تبلغه " الزانية والزانى فاجلدنوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة
فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة
من المؤمنين " (١)

وفى هذا التحريم الشامل والعقاب الزاجر اقتلاع لبذور هذه الفعلة
الدنيئة من أرض المجتمع الطاهرة (٢)

وهذا ظهر لنا أن عنصر الأخلاق فى التشريع الاسلامى لا يبعده
عن الواقع ، بل هو عامل من عوامل واقعيته وصلاحيته لسياسة المجتمع .

واذا بطلت شهرتهم الأولى انتقلنا الى شهرتهم الثانية - وهى تأثره بعنصر
الدين - لتكشف عما بها من ريف .

(١) النور - ٢ .

(٢) ويلاحظ أن مجرد تقدير العقوبة الشديدة كاف فى التميز عن الجزمة ، ولا يلزم من
تقريره إقامة فى كل حالة ، لأن الخارج - بعد تقريره - تلك العقوبة احتاط فى إقامتها - احتياطاً
يصلح توقيعها نادراً كما سيأتى توضيحه فيما بعد .

أثر الدين في الفقه الاسلامي

لكي نقف على حقيقة تأثير الفقه الاسلامي بالدين ، وما اذا كان هذا التأثير سبباً من أسباب صلاحيته وملاءمته أم عاملاً من عوامل تأخره وتحلفه عن غيره . يجب أن نعرف أولاً مدلول هذه الكلمة ، ومراد الباحثين منها ، فعلى اختلافهم في المراد بها بنى الاختلاف في هذا الموضوع .

وقبل هذا وذاك نعهد بكلمة عن الدين المسيحي تبين الظروف التي نشأ فيها ، والمهمة التي جاء من أجلها ، وتطوره مع الزمن ، وبخاصة في الدول الغربية التي تدين به الآن ، فان معرفة ذلك سوف تكشف لنا عن حقيقة الشبهة ومصدرها الأول فتقول :

من راجع تاريخ المسيحية في الشرق والغرب وجدها جاءت أول الأمر لبني اسرائيل حينما خبث نفوسهم وتحجرت قلوبهم ، وأصبحت ديانتهم في نظرهم عبارة عن طقوس جامدة لا حياة فيها ولا روح .

جاءت لتهذب نفوسهم ، وتلين قلوبهم ، فكانت في جملتها مجموعة وصايا خلقية . تدعو الى المحبة والرحمة والتسامح واللين والزهد ، وكل ما يوصل الى الصفاء الروحي ، ولم تعرض لتنظيم المجتمع الا في بعض إشارات عابرة ، لانعدام الحاجة الى هذا التنظيم حينذاك ، لكفاية الشريعة الموسوية في ذلك .

جاءتهم في الشرق وهم محكومون لدولة الرومان ، ثم ما لبثت أن دخلت أوروبا على أيدي حكامها الذين اعتنقوها ، وبعض رجالها المهاجرين فراراً من الاضطهاد ، وكان في تاريخها في كل من الشرق والغرب أحداث وأحداث .

ففي الشرق لقي المسيحيون اضطهاداً بالغاً على أيدي أباطرة الرومان خصوصاً « دقلديانوس » مما جعل الكثير منهم يفر الى مناطق غير مسكونة يقيمون فيها معابدهم وأديرتهم .

ومن هنا جاءت دعوتهم الى التقشف والزهد ، فحرموا على أنفسهم ملاذ الحياة ومتعها ، وبالغوا في ذلك حتى كانت رهبانية ابتدعوها ابتغاء مرضاة الله ، ثم حرفت ودخلها الغلو ، كما أخبر الله عنهم في قوله سبحانه "ثُمَّ قَفَّيْنَا عَلَى آثَارِهِم بِرَسُولِنَا وَقَفَّيْنَا بِعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ وَآتَيْنَاهُ الْإِنْجِيلَ وَجَعَلْنَا فِي قُلُوبِ الَّذِينَ اتَّبَعُوهُ رَأْفَةً وَرَحْمَةً وَرَهْبَانِيَّةً ابْتَدَعُوهَا مَا كَتَبْنَاهَا عَلَيْهِمْ إِلَّا ابْتِغَاءَ رِضْوَانِ اللَّهِ فَمَا رَعَوْهَا حَقَّ رِعَايَتِهَا فَآتَيْنَا الَّذِينَ آمَنُوا مِنْهُمْ أَجْرَهُمْ وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ فَاسِقُونَ" (١) الرأفة . اللين ، والرحمة . الشفقة ، والرهبانية الفعلة المنسوبة الى الرهبان وهو الخائف ، وهي رفض الدنيا وشهواتها من النساء وغيرهن واتخاذ الصوماع .

فهذه الآية تحذر عنهم أن الله جعل في قلوب أتباع عيسى رأفة ورحمة وأنهم ابتدعوا رهبانية لم يفرضها الله عليهم ، ولكنهم فعلوها ابتغاء رضوان الله ، ثم لم يراعوا نلهم هذا كما يجب على الناظر مراعاة نذره ، فبدل بعضهم وغير (٢) ، حتى طلبوا الرئاسة بها على الناس في آخر الأمر ، ليأكلوا أموالهم بالباطل كما أخبر الله عنهم (٣) .

فالذين ابتدعوها أول الأمر هم الصالحون منهم قصلوا بها رضوان الله والسر على مناج عيسى ، وهؤلاء حمد الله لهم صنيعهم فآثامهم أجبرهم "فآتينا الذين آمنوا منهم أجراً" ، والذين حرفها هم المتأخرون ، فوصفهم الله بالفسق "وكثير منهم فاسقون" كما يقول القرطبي وغيره (٤) .

(١) الحديد - ٢٧

(٢) راجع تفسير القرطبي ج ١٧ ص ٢٦٢ ، وتفسير ابن كثير ج ٤ ص ٣١٥ ، والبحر المحیط لأبي حيان ج ٨ ص ٢٢٨ ، يقول أبو حيان في هذا الموضع : روى في ابتداعهم الرهبانية أنهم افرقوا ثلاث فرق . فرقة قاتلت الملوك على الدين فغلبت وقتلت ، وفرقة تمكنت في المدن يدعون إلى الدين ويبينونه ولم تقاتل ، فأخذها الملوك ينشرونهم بالمشايير فقتلوا ، وفرقة خرجت إلى الفياق وبنت الصوامع والديارات ، وطلبت أن تسلم على أن تمزق أعضائها . ومثله في تفسير الألوسي « روح المعاني » ج ٢٧ ص ١٦٦

(٣) في قوله "يأئها الذين آمنوا أنما إن كثيراً من الأعباء والرهبان ليأكلون أموال الناس بالباطل ويصعدون عن سبيل الله" التوبة - ٣٤

(٤) وقيل في تفسيرها غير ذلك راجع روح المعاني ج ٢٧ ص ١٦٦

ولم تكن حالتها في الغرب بأحسن منها في الشرق ان لم تكن أسوأ منها . فقد دخلته بساحتها البالغة ، فوجدت أمما متناحرة على سبيل العيش ، ووثنية غالبية هناك ، فلم يجد فيها المتناحرون والوثنيون ما يصلح لحياتهم ، فحصروها في المعابد والكنائس ، وتركوا تنظيم الحياة لقوانينهم ، والقوة من وراءها ، فجاءت العزلة بين الدولة والدين ، ولكن هذا الوضع لم يرض رجال الكنيسة ، وخافوا على نفوذهم ، فجعلوا لهم سلطاناً روحياً يعادل سلطان الملوك والأمراء إن لم يفقه .

وتنازعت البابوية والامبراطورية حيناً من الدهر كان النصر فيه أولاً للبابوية ، فخضع الأباطرة للبابا خضوعاً تاماً كى يغفر لهم ، ثم انفقت القوات على تسخير الملايين الكادحين لكلا السلطتين ، وظهرت العجائب في سلطة الكنيسة ، فن صكوك غفران، الى قرارات حرمان، الى غير ذلك .

ومن هنا قيل : « ان الدين أداة لتسخير الملايين للمستبدين ورجال الدين »

ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، بل تعداه الى معاداة رجال الدين لرجال العلم والاختراع ، وفرضوا على الناس معلومات في العلوم دسوها في كتبهم الدينية ، بل ألفوا كتباً في الجغرافيا وسموها « الجغرافيا المسيحية » فنشأ العداء السافر بين العقل والعلم من جهة والدين من جهة أخرى .

وأدام تعصبهم الى استعمال القوة ، فأنشأوا محاكم التفتيش لتحاكم الملحدين والزنادقة من رجال العلم والاختراع .

على أن هؤلاء لم يفهم أن يبتدعوا رهبانية قاسية لما عجزوا عن تغيير سيرة الروم البهيمية . رهبانية تجاوزت الحد ، وفاقته كل وصف .

نقل لنا العلامة أبو الحسن الندوى أمثلة غريبة منها عن كتاب تاريخ أخلاق أوربا، فن راهب ينام ستة أشهر في مستنقع ليقرض جسمه العارى ذباب سام، الى آخر يحمل قطارين من الحديد، الى ثالث لا يكتسى ويتستر بشعره الطويل، الى غير هؤلاء ممن أكلوا الحشائش وسكنوا المقابر والمغارات.

وحرّموا غسل أجسادهم ، وفروا من ظل النساء ، وتأثّموا بقربهن والاجتماع بهن ، بل كان بعضهم يعد مصادفتهن في الطريق والتحدث اليهن ولو كن أمهات وأزواجاً أو شقيقات مجبّطاً للعمل والجهود الروحية .

من أجل ذلك كله ثار الأحرار والمفكرون على تلك الأوضاع ، وعادوا الدين المسيحي ، بل عادوا مطلق الدين ، فكانت كلمة الدين في نظرهم تمثل الجمود والرجعية ، ومعاداة العقل والعلم ، والرهينة المحرمة لجميع متع الحياة (١) .

ومن هنا كتب المستشرقون والقانونيون الغربيون عن الدين الاسلامي كتابة لا تتفق وحقيقته ، كتابة فيها كثير من الأخطاء جاءتهم هذه الأخطاء .
أولاً : من ظنهم أنه كالدين المسيحي الذي شوّهه رجال الكنيسة .
وثانياً : من السلود التي أقامتها الحروب الصليبية بين الغرب المسيحي ، والشرق الاسلامي ، ودعاية الكهنة ورجال الكنيسة ضد الاسلام وصاحب رسالته عليه السلام . في الوقت الذي قصر فيه المسلمون في نشر الاسلام وتعاليمه الصحيحة في بلاد الغرب ، فحكّموا عليه بأنه أحكام خلقية فيه شدة وقسوة لا يصلح لسياسة المجتمع .

ولوأصّف هؤلاء هؤلاء ونظروا الى الاسلام نظرة فاحصة ، ودرسوه دراسة صحيحة لما تعجلوا بهذا الحكم ، ولوجدوا فيه الدين الذي يحل أزمته « يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر » ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم » .

ولقد منى الاسلام بطائفة ممن ينتسبون اليه بأسمائهم كانت أضّر على الاسلام من هؤلاء الأجانب . طائفة تلقفت كل ما يكتبه المستشرقون عن الاسلام وقبلته على أنه العلم الصحيح المعبر عن الحقيقة التي ينشدها هؤلاء ويبحثون عنها باخلاص .

(١) رجعتنا في ذلك الى كتاب « ماذا خسر العالم بالخطايا المسلمين » السيد أبي الحسن علي الحسيني الندوي وكيل فتوة العلماء بالهند ، وكتاب « السدالة الاجتماعية في الاسلام » سيد قطب ، « والدين والمجتمع » للدكتور حسن سفيان ، ومقدمة « حياة محمد » للدكتور هيكل ، « ومن كتب التفسير ، البحر المحيط لأبي حيان ، وروح المعاني للألويسي . وكتاب « الحركة الماكلة » للأستاذ محمد عطا و « عقيدة المسيح » للأستاذ عباس العقاد ص ١٠١ وما بعدها .

ويعجبني هنا مقالة للدكتور هيكل حذر بها أولئك المقلدين في مقدمة كتابه حياة محمد (١) جاء فيها :

”ان بعض المستشرقين مخلص في بحثه على رغم خطئه ، لكن الخطأ يتسرب الى بحثه لعدم دقته في إدراك أسرار اللغة العربية تارة ، ولما يشوب نفوس طائفة من هؤلاء العلماء من الحرص على هدم مقررات دين من الأديان ، أو على هدم مقررات الأديان جميعاً تارة أخرى ، وهذا وذاك إسراف كان يجمل بالعلماء أن يجتنبوه .

ولقد رأينا مسيحيين دفعهم هذا الاسراف الى انكار أن عيسى وجد على التاريخ (٢) ، ورأينا آخرين تخطوا حدود الاسراف فكتبوا عن جنون عيسى ، وانما دعا الى هذه النزعة في أوروبا ما بين الدين والدولة من نزاع أدى برجال العلم وبرجال الدين كل من ناحيته الى الحرص على الغلب لاقتناص السلطان والحكم ، أما والاسلام برىء من هذا النزاع فليتب الباحثون من أنبائه سلطان هذه الشهوة التي يخضع لها رجال الغرب ، والتي تفسد على العلماء بحوثهم أكثر الأمر ، ويجب عليهم لذلك أن يأخذوا حذرهم حين يطلعون على ما يصدر عن الغرب من مباحث دينية ، وأن يمحضوا كل ما يصوره العلماء على أنه حق ، فالكثير منه يتأثر بمقدار غير قليل بهذا الماضي الذي جعل الخصومة متصلة بين رجال الدين ورجال العلم قروناً متوالية “ .

(١) ص ٢٨ من الطبعة الثانية .

(٢) يقول المقاد في كتابه « عبقرية المسيح » ص ٧٨ وما بعدها : ان القرن الثامن عشر أخرج للناس مدرسة الشك المطلق في مقررات العلم القديم ووقائع التاريخ المتواتر ، فشك الكتاب في وجود الأنبياء والمرسلين ، وكاد الشك يتناول كل ذى وكل صاحب دين غير محمد عليه السلام ، قال : وكان نابليون يسأل العالم الألمان «ويلاند» هل يعتقد أن المسيح شخص تاريخي وجد كما وصفوه . واستمرت هذه النزعة في القرن التاسع عشر .

وفي موضع آخر (١) يقول

” ليس من اليسر أن يقوم المستشرقون في بحوثهم الاسلامية بكل هذه الدقة وهذا الانصاف مهما تحسن نيّتهم ، ومهما تحروا الدقة العلمية ، ففسر عليهم أن يحيطوا بكل أسرار اللغة العربية وأن أحاطوا بعلومها ، ثم أنهم متأثرون بالنصرانية الأوروبية تأثيراً يجعل أكثرهم ينظرون الى الأديان نظرة تملؤها الرية ، ويجعل الأقلين المستمسكين بمسيحيّتهم يتأثرون بما كان بين المسيحية والعلم من فضال ، فيخضعون في بحوثهم لألإسلامية لمثل ما خضع له أمثالهم في بحوثهم المسيحية أو في بحوثهم الدينية بوجه عام “ .

إذا تمهد هذا وعرفنا أن الدين المسيحي لم يكن الا مجموعة وصايا أخلاقية جاءت للتهذيب لا للتنظيم ، وعرفنا أنه تأثر بمؤثرات عديدة ، واختلطت به تعاليم غريبة شوهت حاله الأول ، فن رهبنة محرمة لمتع الحياة الى تعاليم كنسية فيها خفاء وأسرار ، الى اختراع وساطة بين الناس وخالقهم الى نزاع بين رجال الدين ورجال العلم ، الى استعمال العنف والقسوة مع الأحرار والمفكرين ، الى الفصل بين الدين والدولة .

” اذا عرفنا ذلك وعرفنا معه أنه وجدت في هذا الدين ملل مختلفة ، ومذاهب متعددة . تملذهب بكل واحد منها جماعة من الناس عملوا على نصرته بشقى الوسائل ، كما وجدت معه ديانات أخرى لها أنصارها ومعتقوها ، وبجانب هؤلاء وهؤلاء قوم لا دينيون تركوا الأديان كلها ، بل عملوا على هدمها .

اذا عرفنا ذلك كله أمكننا أن ندرك سر الاختلاف المتشعب في تعريف الدين عند الغربيين ، وعدم وجود تعريف صحيح — الى الآن — يكشف حقيقته ، كما يقول الأستاذ سليمان مظهر “ (٢) :

(١) ص ٦٠

(٢) كتاب الشعب . أساطير من الغرب ص ٤

” والحقيقة أن الذهن البشرى لم يستطع حتى اليوم أن يقدم تعريفاً نهائياً لكلمة الدين “ .

بل ان محاولة ذلك من أشق الأمور ، كما يقول الدكتور حسن سعيان في كتاب الدين والمجتمع (١) .

ومرد ذلك الى أن التعريف يختلف باختلاف المعرفين ، فكل معرف ينزع في تعريفه منزعاً يخالف غيره ، لأنه اذا كان ممن يدين بدين معين عمد الى تعريف الدين الذى يؤمن به ، ثم يحمله جهله بمقررات الأديان الأخرى على أن يجعل تعريفه تعريفاً عاماً لكل الأديان ، أو لمطلق الدين . مع أنه قد يقتصر في تعريفه على بعض الخصائص دون باقىها .

واذا كان ممن لا دين له عمد الى عناصر مشوهة يضمها الى بعضها ويجعل منها تعريفاً للدين لينفر الناس من الأديان .

ومن هنا جاءت تعريفاتهم متنوعة الى نوعين . نوع حذف منه مبدأ الألوهية ، وآخر جعله قوامها . كما أن منهم من عرفه على أنه حالة نفسية صارفاً النظر عن المظاهر الخارجية للدين من طقوس يقوم بها المتدينين ، ومن نظام اجتماعى دينى منسق يسيطر على الجماعة ، وهو تعريف له معنى التدين .

ومنهم من يعرفه على أنه حقيقة خارجية ، فينظر اليه على أنه ظواهر ونظم اجتماعية قائمة . وهو تعريف له معنى ما يتلدين به .

(١) ص ٢ - وفيه آخر وراء هذا هو عدم وجود تعاليم دينية بمعناها الصحيح مستقلة عنهم ، فالدين يختلط بتعاليم الكنيسة التى أخذ معظمها من القوانين والمبادئ الموجودة بهد أن أدخل عليها بعض التعديلات لتخرج للناس بثوب دينى براق .

ومن هنا قرر الكاتبون فى أصول القانون أن القانون الكنسى ليس قانوناً دينياً بالمعنى الصحيح فلم يؤخذ قواعده من كتاب مقدس ، بل اقتبست من القانون الرومانى ، ومبادئ القانون الطبيعى والمبادئ والتقاليد المختلفة الا أنه تأثر فى جلته بنزعة دينية ظاهرة ، لأن رجال الكنيسة كانوا هم واضعوه . الدكتور محمود جمال الدين زكى فى كتاب ونظرية القاعدة القانونية ص ١١٣ ، الدكتور حسن كبره . « أصول القانون » ص ٢٥٩

فن الأول (١) ما قيل في تعريفه: إنه «الشعور الذى يحدث لدينا عندما نتخيل أننا وسط بحر من الغموض والأسرار» ، أو «هو الشعور بأننا نعتد على موجود يفوقنا» ، أو «شعورنا بالحاجة والتبعية المطلقة» أو «أنه عملية استرضاء أو استعطاف لقوى أعلى من الانسان» ، أو «الايمان بكائنات ووحية» .

ومن الثانى تعريفه بأنه «مجموعة من العقائد والطقوس المتعلقة بأشياء مقدسة» .

وتعريفه بأنه «مجموعة التورعات التى تقف حاجزاً أمام الحرية المطلقة لتصرفاتنا» .

أو أنه «مجموعة واجبات المخلوق نحو الخالق ، وواجباته نحو الجماعة وواجباته نحو نفسه» .

أو هو «جملة العقائد والوصايا التى يجب أن توجهنا فى سلوكنا مع الله ومع الناس وفى حق أنفسنا» .

وأخيراً يعرفه بعضهم بأنه «الجانب المثلث فى الحياة الانسانية» .

وإذا ما تركنا الغربيين وتعريفاتهم ، وانتقلنا الى لغة العرب لنبحث عن معنى كلمة الدين وجدنا كتب المعاجم وكتب التفسير (٢) تطلقها على عدة معان ، فأطلقتها على ما يتدين به الشخص من الاسلام وغيره ، وعلى الطاعة والانقياد ، والعادة والشأن ، والجزاء والمكافأة ، والحساب والسلطان ، والأعمال النافعة وغير ذلك .

(١) راجع كتاب الدين للمرحوم الدكتور محمد عبد الله دراز ص ٢٦ وما بعدها ، وكتاب «الدين والمجتمع» للدكتور حسن صفوان ص ٢٢ ، وكتاب الشعب «أساطير من الغرب» ص ٤ (٢) أساس البلاغة للزحشرى ، والقاموس المحيط للفيروزى ، والصحاح للجوهري ، ومختار الصحاح للرازى ، وغريب القرآن للسجستانى ، وتفسير القرطبي ج ٤ ص ٤٢ ، وتفسير ابن كثير ج ١ ص ٣٥٤ ، ج ٢ ص ٣٤٩ وغيرها من الكتب .

وقد وردت في القرآن لعدة معان في أكثر من تسعين آية « ان الدين عند الله الاسلام » (١)، « وما جعل عليكم في الدين من حرج » (٢) « والذي أطمع أن يغفر لي خطيئتي يوم الدين » (٣)، « فأقم وجهك للدين القيم » (٤)، « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك » (٥) « لكم دينكم ولي دين » (٦) .

والكلمة في أصل وضعها تدل على معنى عام . هو علاقة بين طرفين يعظم أحدهما الآخر وينخضع له ، ولاختلاف مأخذها تفرع من هذا المعنى معان ثلاثة .

لأنها إما مأخوذة من فعل متعد بنفسه « دانه يدينه » ، أو من فعل متعد باللام « دان له » ، أو من فعل متعد بالباء « دان به » ، فعلى الأول تدل على القهر والملك ، وعلى الثاني تدل على الخضوع والطاعة ، وعلى الثالث تدل على ما يدين به الشخص من مذهب أو عقيدة أو عادة وخلق (٧) .

وهذه المعاني الثلاثة متلازمة تدل في مجموعها على أن الدين . علاقة بين طرفين تكون في أحدهما خضوعاً وانقياداً ، وفي جانب الآخر أمراً وسلطاناً ، والرباط الذي يربط الطرفين هو ما يدان به .

لكن هذا المعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي الذي يريده علماء الشريعة ، لأنه يشمل كل خضوع وانقياد ، كما يصدق على كل ما يدان به من خلق وعادة ومذهب .

(١) آل عمران - ١٩

(٢) الحج - ٧٨

(٣) الشعراء - ٨٢

(٤) الروم - ٤٣

(٥) الشورى - ١٣

(٦) الكافرون - ٦

(٧) الدكتور دراز في كتاب الدين .

أما الشرعيون فيريدون به خضوعاً خاصاً ، وهو خضوع العبد لربه الذى خلقه ، فيكون الدين عندهم بمعنى التدين . هو الإيمان بذات الهية جديرة بالطاعة والعبادة ، وبمعنى ما يذان به . هو جملة النصوص التى تحدد صفات تلك القوة الالهية ، والقواعد العملية التى ترسم طريق عبادتها .

ومن هنا اشتهر عندهم تعريف الدين . بأنه « وضع الهى سائق لذوى العقول السليمة باختيارهم الى ما فيه الصلاح فى الحال والفلاح فى المآل » . يريدون بذلك . أنه تشريع الهى يرشد أصحاب العقول السليمة الى ما فيه خيرهم وصلاحهم فى الدنيا والآخرة من غير اجبار لهم على ذلك ، بل يندفعون الى العمل به بمحض اختيارهم .

.. واستناد الفقه الاسلامى فى أصله الى الوحي الالهى جعل له صبغة دينية سواء أكان ذلك الاستناد بطريق مباشر . كالأحكام التى نزلت بها نصوص خاصة أم بواسطة الاجتهاد كالأحكام التى استنبطها الفقهاء والمجتهدون استناداً الى قياس على ما ثبت بالنص أو تخريجاً على قاعدة أو مبدأ عام .

هذه الصبغة الدينية التى ترد أحكام الفقه الاسلامى الى وحي السماء (١) وتجعل أحكاماً الهية يجب على المكلفين امتثالها والعمل بها سواء أدركوا حكمها أو لم يدركوها ما أثرها فيه ؟

يذهب نفاة الواقعية عن هذا الفقه الى أن أثرها يظهر فى عزله عن الحياة وما فيها ، فهو غير صالح عند هؤلاء لسياسة المجتمع ، لأنه أحكام دينية لا صلة لها بواقع الناس .

ومرد ذلك الى ما علق فى أذهانهم من صورة قائمة للدين ، تختلف كل الاختلاف عن حقيقة الاسلام ، فهذا يتخيله تعاليم كنسية كالتى عرفوها

(١) لأن الله وضع أسسها ومبادئها فيها أنزله على رسوله ، حتى صرح القرآن بأن الحكم لله وحده « أن الحكم الا لله » يوسف - ٤٠ ، وهذه الأحكام تدخل فى معنى الدين من حيث ان التعامل بها يدين الله تعالى بعمله ويخضع له ويتوجه اليه مبتغياً مرضاته وثوابه يأذنه ..

وذلك يتصوره على أنه أحكام جاءت بها النصوص لا دخل فيها للعقل ولا تفكير فيها شدة وعسر ، تمنع الناس من التمتع بما في الحياة من متاع ، وتأمرهم بالانقطاع عن الدنيا والزهد فيها ، وتخبرهم الى الاستسلام لما يأتي به القدر دون أن يكون لهم حرية ولا تفكير ، فالعقل عند هؤلاء ممنوع من البحث فيه لمعجزه عن ادراك حقيقة بعض ما جاء به من أحكام .

وهذا التصوير غير صحيح في جانب الدين الاسلامي ، لأنه لا يتفق مع حقيقته . حيث يقوم من أساسه على حرية التفكير ، وفك قيود العقل ، وإباحة الطيبات واليسر وعدم الحرج ، والدعوة الى العمل والحض عليه .

وكيف يكون كما وصفوه ؟ وهو دين الفطرة التي فطر الله خلقه . عليها " فأقم وجهك للدين حنيفا فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لا يعلمون " (١) .

ثم انه مع ذلك وقبل ذلك دين الأنبياء والرسل السابقين " شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه كبر على المشركين ما تدعوهم اليه الله يجتبي اليه من يشاء ويهدي اليه من يئيب " (٢) .

ومن أجل ذلك أمر القرآن أتباع محمد عليه السلام بالايان بما جاء به الرسل من قبل " قولوا آمنا بالله وما أنزل إلينا وما أنزل الى ابراهيم واسماعيل واسحق ويعقوب والأسباط وما أوتي موسى وعيسى وما أوتي النبيون من ربهم لا نفرق بين أحد منهم ونحن له مسلمون " (٣) .

(١) الروم - ٣١

(٢) الشورى - ١٣

(٣) البقرة - ١٣٦

وكيف نصدق ما يقال عنه من أنه عدو للعقل ، وهو الذى غنى به
عناية تامة (١) ، ففك عقاله وحطم سلسله ، وأيقظ فيه حاسة التفكير
ثم فتح الطريق أمامه للبحث .

فالقُرآن - وهو أساس الدين - مخاطب فى كثير من آياته العقول ،
ويحثهم على النظر والتأمل فى هذا الكون المائل أمامهم ، فاستمع إليه
وهو يقول :

« قل انظروا ماذا فى السموات والأرض » (٢) ، « وان لكم فى الأنعام
لعبرة نسقيكم مما فى بطونه من بين فرث ودم لبناً خالصاً سائغاً للشاربين
ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرأ ورزقا حسنا ان فى ذلك
لآية لقوم يتفكرون » (٣) ، « قل سيروا فى الأرض فانظروا كيف بدأ
الخلق » (٤) ، « وفى الأرض آيات للموقنين وفى أنفسكم أفلا تبصرون » (٥)
« وفى الأرض قطع متجاورات وجنات من أعناب وزرع ونخيل صنوان
وغير صنوان يسقى بماء واحد ونفضل بعضها على بعض فى الأكل ان
فى ذلك لآيات لقوم يعقلون » (٦) « ان فى السموات والأرض لآيات للمؤمنين
وفى خلقكم وما يبث من دابة آيات لقوم يوقنون واختلاف الليل والنهار
وما أنزل الله لكم من السماء من رزق فأحيا به الأرض بعد موتها وتصريف
الرياح آيات لقوم يعقلون » (٧) .

(١) حتى أخبر الرسول الذى لا ينطق عن الهوى بأن العقل أفضل شيء خلقه الله . فيما يرويه
من ربه فى الحديث القدسى « أول ما خلق الله العقل فقال له : أقبلي فأقبل ، ثم قال : أدبر
فأدبر ، ثم قال الله عز وجل : وعزق وجلال ما خلقت خلقاً أكرم على منك ، بك أأخذ وبك أعطي ،
وبك أنيب وبك أعاقب » .

فكيف يجعله موضع المخاطبة والاعطاء والثواب والعقاب ثم يهدره ويلقيه فى آخر شرائعه
الى يوم الدين !

(٢) يونس - ١٠١

(٣) النحل - ٦٦ ، ٦٧

(٤) المتكويين - ٢٠

(٥) الذاريات - ٢٠ ، ٢١

(٦) الرعد - ٤

(٧) الحاثية من ٣ - ٥

« ومن آياته خلق السموات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم ان في ذلك لآيات للعالمين . ومن آياته منامكم بالليل والنهار وابتغائكم من فضله ان في ذلك لآيات لقوم يسمعون . ومن آياته يريكم البرق خوفاً وطمعاً وينزل من السماء ماء فيحيى به الأرض بعد موتها إن ذلك لآيات لقوم يعقلون (١) .

وفي آيات أخرى مخاطبهم بأسلوب آخر « ألم يروا الى الطير مسخرات في جو السماء ما يمسكهن الا الله » (٢)، « أو لم يفكروا في أنفسهم ما خلق الله السموات والأرض وما بينهما الا بالحق وأجل مسمى » (٣) .

« أو لم ينظروا في ملكوت السموات والأرض وما خلق الله من شيء » (٤) « أفلا ينظرون الى الابل كيف خلقت والى السماء كيف رفعت والى الجبال كيف نصبت والى الأرض كيف سطحت » (٥) .

وفي نوع ثالث من الآيات ينعى عليهم تقليدهم للآباء واهدار عقولهم . « واذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا بل نتبع ما وجدنا عليه آباءنا أو لو كان الشيطان يدعوهم الى عذاب السعير » (٦)، « واذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا أو لو كان آباؤهم لا يعقلون شيئاً ولا يهتدون » (٧) .

وبعد أن بين لهم القرآن الحق أطلق لهم حرية الفكر فيما يختارون فقال سبحانه : « قل يا أيها الناس قد جاءكم الحق من ربكم فمن اهتدى فانما يهتدى لنفسه ومن ضل فانما يضل عليها وما أنا عليكم بوكيل » (٨) .

(١) الروم من ٢٢ - ٢٤

(٢) النمل - ٧٩

(٣) الروم - ٨

(٤) الأعراف - ١٨٥

(٥) الفلقية من ١٧ - ٢٠

(٦) لقان - ٢١

(٧) البقرة - ١٧٠

(٨) يونس - ١٠٨

كل ذلك ليقطع عليهم الحجة ، وتظهر الحكمة واضحة في قوله تعالى
 ”لهلك من هلك عن بينة ويحيى من حي عن بينة وإن الله لسميع عليم“ (١)
 وقوله ”وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر“ (٢)
 وقوله ”لا اكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي“ (٣) ، وقوله ”أفأنت
 تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين“ (٤) .

فأين مع هذا كله الحجر على العقول ومنعها من البحث في الدين
 وتسجيل المعجز عليها في الوقوف على حقيقته، ثم انه بعد أن رد العقل اعتباره
 ووضعه في المركز اللائق به ، وحضه على التفكير في هذا الكون ليقف
 على بعض أسرارها التي أودعها الله فيه ، فتح أمامه طريقاً آخر للبحث
 لا يقل شأنًا عن سابقه . طريق البحث في أحكام التشريع ، فقد جاء بها -
 في الأغلب - على هيئة قواعد كلية ومبادئ عامة حتى لا يقيد الأجيال
 المقبلة بتفصيلات قد لا تتفق ومصالحهم ، بل ترك للعقول السليمة الحرية
 في اختيار ما يصلح لهم بطريق الاجتهاد المباح ما دام في إطار تعاليم الكلية .

وعلى هذا الأساس اجتهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نزول الوحي
 عليه ، وعلم أصحابه الاجتهاد ، ورسم لهم طريقه ، بل ودرهم عليه فاجتهدوا
 أمامه ، كل ذلك ليعدهم للخلافة التي تنتظرهم بعد وفاته .

وعلى هدى رسول الله اجتهد أصحابه من بعده ، ولاعموا بين شريعة
 الله ودينه وبين حاجات الناس ، وعلى سنتهم الحميدة سار من جاء بعدهم
 من التابعين وتابعيهم ، والأئمة من وراء هؤلاء . لم يحدثنا التاريخ عن شكوى
 للناس من هذه الشريعة ، ولم نطعنها أحد بمجمود ولا بغيره عبر سنى الاجتهاد
 الطويلة .

(١) الأنفال - ٤٢

(٢) الكهف - ٢٨

(٣) البقرة - ٢٥٦

(٤) يونس - ٩٩

وأما دعوى شدته وعسر أحكامه فيكفيها في ردها الآن التذكير ببعض النصوص الصريحة التي تهدم هذه الدعوى من أساسها .

اقرأ - ان شئت - قوله تعالى "وما جعل عليكم في الدين من حرج" (١) وقوله "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" (٢)، "لا يكلف الله نفساً الا وسعها" (٣) .

فهذه الآيات تدل في صراحة على نفي العسر والشدّة عن شرع الله ، بل ان قوله تعالى في وصف الرسول "ويضع عنهم اصرهم والأغلال التي كانت عليهم" (٤) ينادى بأن هذا التشريع أخف وأيسر مما سبقه من التشريعات ليتحقق كونه رحمة كما أخبر الله في آية أخرى "وما أرسلناك الا رحمة للعالمين" (٥) .

ويؤكد ذلك أن رسول الله الذي وكل اليه البيان كان ينادى دائماً بالتيسير، ففي وصاياه «يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا»، وما أثر من دعائه أنه كان يقول: «اللهم من شق على أمتي فأشقق اللهم عليه»، وأخيراً يقول «ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدوداً فلا تعتلوها، وحرم أشياء فلا تنهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها» .

وأما صده عن الدنيا وتحريم طبيعتها فدعوى غريبة عن الاسلام الذي أباح الطيبات وأنكر على من حرمها أشد الانكار ، والآيات والأحاديث في ذلك كثيرة . فالله يقول "فكلوا مما رزقكم الله حلالاً طيباً واشكروا نعمة الله ان كنتم ايها العبدون" (٦)، «يا بني آدم خلوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا

(١) الحج - ٧٨

(٢) البقرة - ١٨٥

(٣) البقرة - ٢٨٦

(٤) الاحزاب - ١٥٧

(٥) الانبياء - ١٠٧

(٦) النحل - ١١٤

واشربوا ولا تسرفوا انه لا يحب المرففين . قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هي للذين آمنوا في الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة» (١) ، «يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين ، وكلوا مما رزقكم الله حلالا طيبا واتقوا الله الذي أنتم به مؤمنون» (٢) ، «قل لا أجد فيما أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به» (٣) .

وأخيراً يقول: «ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث» (٤) .

فهو لم يمنع بني آدم الا بما هو خبيث لثم لهم الكرامة التي كتبها لهم وفضلهم بها على غيرهم من المخلوقات ، «ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً» (٥)

وأباح لهم الطيبات وأمرهم بتناولها والتمتع بها في قصد من غير اسراف .

لذلك أخبر الرسول أن الامتناع عما أباحه الله وتحريمه خروج عن سنته وأنه ليس من الدين في شيء . فيما روى في الصحيحين . جاء أناس من الصحابة الى زوجات النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادته فيما بينه وبين الله التي غفر له بها ما تقدم من ذنبه وما تأخر : فلما وقفوا عليها ، قال أحدهم : « اني لا أكل اللحم أبداً » ، وقال آخر «وأنا لا أتزوج النساء » ، وقال ثالث : «وأنا لا أنام على فراش » ، فبلغ أمرهم الى النبي صلى الله عليه وسلم فخرج

(١) الأعراف - ٣١ ، ٣٢

(٢) المائدة - ٨٧ ، ٨٨

(٣) الأنعام - ١٤٥

(٤) الأعراف - ١٥٧

(٥) الأمراء - ٧٠

الهم غاضباً وقال : « ما بال أقوام يقول أحدهم كذا وكذا ، وإنى لأخشاكم لله وأتقاكم ، ولكنى أصوم وأفطر ، وأقوم وأنام ، وأكل اللحم وأتزوج النساء ، فن رغب عن سننى فليس منى » .

وأما دعوته الى الكسل والاستسلام لما يأتى به القدر فبعيدة عن واقعه . انظر الى كتاب الله وهو يحض على العمل بأكمل ما تدل عليه هذه الكلمة من معان ، « وقل أعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون » (١)

« فن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره » (٢)
 « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله » (٣)
 « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى منابها وكلوا من رزقه واليه النشور » (٤) ، « لياكلوا من ثمره وما عملته أيديهم أفلا يشكرون » (٥)
 « يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحاً » (٦)

وان الله الذى خلق لنا الأرض وما عليها وما فى جوفها وجعلنا خلفاء فيها لا يعقل أن يتركنا من غير تكليف بالعمل لعمارتها واستخراج ما فيها لتصلح للحياة ، أو يرضى منا الكسل والاستسلام لما يجيء به القدر . كيف وقد أمر الأنبياء السابقين وأقوامهم به « ولقد آتينا داود منا فضلا يا جبال أوبي معه والطير وألنا له الحديد أن اعمل سابغات وقدر فى السرد واعملوا صالحاً إني بما تعملون بصير » (٧) « وأعملوا آل داود شكراً وقليل من عبادى الشكور » (٨) .

(١) التوبة - ١٠٥

(٢) الزلزلة - ٨ ، ٧

(٣) الجمعة - ١٠

(٤) المائدة - ١٥٠

(٥) يس - ٣٥

(٦) المؤمنون - ٥١

(٧) (أ) سبأ - ١٠ ، ١١ ، ١٣ . سابغات - دروع واسمات ، قدر فى السرد - أحكم نسج الدروع بحيث تدخل الحلق بعضها فى بعض من التقدير وهو هنا التفكير فى تسوية الأمر وتبسيطه ، والسرد - نسج الدروع . فتكون الآية دعوة الى العمل واحكامه واتقانه .

وكيف يتصور ذلك مع أنه سبحانه أمرنا بالانفاق مما كسبنا " يأياها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم " (١)، وهل يأتي كسب من غير عمل ؟

وإذا كانت الآيات الكثيرة التي لا تحصى في كتاب الله جاءت أمرة بالعمل الصالح، ووعدت العاملين جزاء حسناً في الآخرة ، فهل يقال معها ان هذا دين كسل لا عمل ؟

ولا يفلح في رد هذا الاستدلال ما قيل : ان المراد بالأعمال الصالحة ما يتعلق بالعبادة من صلاة وصيام وحج وزكاة وانفاق في سبيل الله وغير ذلك مما يكمل به الايمان . لأن السعي لكسب القوت عبادة يثاب عليها متى قصد به امثال أمر الله ، والانفاق على الأبناء عبادة ، واعداد العدة لدفع العدو عن الوطن عبادة ، والعمل على توفير أسباب الحياة لمن ولى أمرهم عبادة ، وهكذا يمكن ادخال كل أعمال المعاش في العمل الصالح الذي أمر به القرآن في مواضع كثيرة، ولقد روى أن أصحاب رسول الله رأوا شخصاً نحيلاً فأتوا عليه، وقالوا: انه يصلي كذا ركعة ويصوم النهار ويقوم الليل . فقال الرسول: ومن يطعمه؛ قالوا أخوه فقال: « أخوه أعبد منه » .

وروى الترمذى عنه عليه السلام أنه قال: « ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده، وأن نبي الله داود كان يأكل من عمل يده » خص داود بالذكر لأنه كان ملكاً نبياً ، ومع هذا الملك والسلطان كان يأكل من عمل يده ، فكان يصنع الدروع من الحديد كما أخبر القرآن عنه .

كما كان يرشد الى العمل، ويرسم الطريق لمن انحرف عن الجادة وطلب العيش من غير طريقة .

روى أنس قال : جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأله شيئاً ، فقال له رسول الله : أما في بيتك شيء ؟ قال : بلى جلس ثيابي بفضه ونبتط بعضه ، وقعب نشرب فيه الماء ، فقال : اتنى بهما فأناه

بهما فأخذهما رسول الله بيده فقال : من يشتري هذين ؟ ، فقال رجل أنا
أأخذهما بدرهم ، فقال رسول الله : من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا ،
فقال رجل : بدرهمين فأعطاهما إياه ، وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري ،
وقال اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك ، واشتر بالآخر قلبوماً فأنني
به ، فأناؤه به فشد فيه رسول الله عوداً بيده ثم قال : اذهب فاحتطب
وبع ولا أرينك خمسة عشر يوماً ففعل ، ثم جاء وقد أصاب عشرة دراهم
فاشترى ببعضها ثوباً ، وببعضها طعاماً ، فقال رسول الله : هذا خير لك
من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة « (١) .

فهذا الحديث وضع مبدأ محاربة التسول ، ولكن بطريقة عملية إيجابية
مجدية لا بطريقة سلبية ، كما كان متبعاً في كثير من الدول إلى عهد قريب
بأن يطارد المتسولون في الشوارع ويقبض عليهم ، ثم يعاقبون بالسجن
أو الوضع في الملاهي ، وما فكروا فيه قريباً من جمع هؤلاء والعمل على تأهيلهم
مهنياً ليستغنوا عن التسول قد فعله نبي الإسلام من قرابة أربعة عشر قرناً
من الزمان خلعت ؟

ويقول عمر بن الخطاب : « ليس خيركم من عمل للآخرة وترك الدنيا
أو عمل للدنيا وترك الآخرة ، ولكن خيركم من أخذ من هذه ومن هذه »
وكان رضى الله عنه في خلافته يدفع أنصبة من الزكاة للقادرين على العمل
ويحثهم على أن يتاعوا غناً بتصيبهم ليدأوا ثروة ينموها ، أو يجعلونها رأس
مال في صناعة أو زراعة .

وهذا عبد الله بن المبارك وهو من علماء الاسلام الأوائل الذين اشتهروا
بالزهد والتصوف يقول : « ليست العبادة عندنا أن تصف قدميك وغبرك
يعولك ، وإنما العبادة عندنا أن تبدأ برغيفك أولاً ثم تتعبد . »

(١) كشف الغمبة ج ١ ص ١٩٠ ، ورواه صاحب المتقى مختصراً . راجع ج ٥ ص ١٤٢
مع نيل الأوطار . المجلس . هو البساط . أو كساء رقيق يكون تحت بردة البعير . والتعب
هو أنه يشرب فيه الماء .

فإذا يراد من الاسلام في الحظ على العمل ، وترك الاستسلام وراء
هذا كله ؟

أما ما ورد من التزهيد في الدنيا ومتاعها والتقليل من شأنها فالغرض
منه — بعد ذلك — الحظ على التوسط في طلبها وعدم صرف كل الجهد
اليها ، وعدم التنافس فيها والحرص عليها ، لأنه قد يفضي الى طرق أبواب
غير مشروعة للحصول عليها ، مع أن الآجال محدودة لا تحتاج الى كل
ذلك المال ، قيل لعمر بن الخطاب يوماً : ان فلاناً جمع مالا ، فقال عمر :
فهل جمع له أياماً ؟؟

والاسلام كما حارب الفقر وعمل على علاجه بوسائل كثيرة حارب
الترف بين الأغنياء ، فأمرهم بالتوسط في التمتع وزهدهم في الدنيا ومتاعها
ليقرب المسافة بين الفقراء والأغنياء ، فيصلح المجتمع باقتلاع جذور الفساد
من الحقد والحسد والكراهية .

« سر عجز العقول عن ادراك حقيقة بعض أحكامه »

بقي أن نقول لهؤلاء : ان عجز العقول عن ادراك حقيقة بعض أحكام
هذا الدين لا يضبره في شيء ، فضلاً عن أن يجعله غير صالح لسياسة
المجتمع ، لأن التشريع الاسلامي تشريع الهى من وضع خالق الانسان ،
وهو أعلم بمصالحه الحقيقية من نفسه ، وبما يلائمه في كل طور من أطوار
حياته ، والعقل البشرى مهما سما فلن يبلغ شيئاً بجانب علم الله الشامل ،
كما صرح القرآن في غير آية "انى أعلم ما لا تعلمون" (١) ، "ويسألونك
عن الروح قل الروح من أمر ربي وما أوتيتم من العلم الا قليلاً" (٢)
"هو الذى أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر
متشابهات فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء

(١) البقرة - ٣٠

(٢) الاسراء - ٨٥

تأويله وما يعلم تأويله الا الله والراشخون فى العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا وما يذكر الا أولوا الألباب" (١) ، ومن ثم كان علم الله فوق علم الناس "وفوق كل ذى علم عليم" (٢) .

ومع ذلك فهو تشريع عام شامل تكفل بتحقيق مصالحنا فى طورى الحياة . حياتنا الدنيا ، وحياة الخلود فى الآخرة ، وليس قاصراً على تحقيق مصالحنا فى حياتنا هذه ، فاذا جاء فى تشريعاته مالا تظهر له ثمرة فى حياتنا الأولى لعجز العقل عن ادراكها لا يعد ذلك عيباً فيه لارتباطه بحياتنا المستقبلية التى لا يعلم حقيقتها الا الله صاحب التشريع .

على أن العقول بطبيعتها متفاوتة ، فرب شىء لا يفهمه عقل لقصوره يدركه عقل آخر ، فلا يليق بشخص أن يجعل من بعض التعاليم الاسلامية التى لا يصل عقله الى حقيقتها دليلاً على أن هذا التشريع يضاد العقول ، ويتعجل بالحكم عليه : بأنه لا يساير الحياة ولا يلتئم معها .

وفى القرآن الكريم أمثلة ظاهرة على تفاوت العقول ، ومن أبرزها قصة موسى مع الخضر عليهما السلام ، فان الله بين لنا فيها أنه وهب الخضر من لدنه علماً ، وأثار له عقله ، وكشف عنه بعض الحجب حتى أدرك ما لم يدركه موسى . الأمر الذى جعله يعترض على فعل الخضر مرة بعد أخرى ولعل فى تكرار اعتراض موسى على صاحبه بعد أن أخذ عليه العهد بالألا يسأله عن شىء حتى يحدث له منه ذكراً إشارة الى أن من طبيعة الانسان الاعتراض على مالا يفهمه ، بل وانكاره المرة بعد المرة .

فتبين بذلك أن الصفة الدينية الموجودة فى الفقه الاسلامى لا أثر لها فى منع العقول من البحث والنظر فيه ، ولا فى الدعوة الى الكسل والاستسلام لأن النصوص أوجبت النظر والبحث ، ودعت الى العمل ورغبت فيه ،

(١) آل عمران - ٧

(٢) يوسف - ٧٦

كما أنه لا أثر لها في وجود أحكام سرية غير مكتوبة لا يعلمها إلا بعض الخاصة الذين يميزون بشعار خاص ، لأن أحكامه كلها مقررّة مكتوبة معلنة لا سرية فيها .

وليس من آثارها كذلك وجود سلطة دينية يتزعمها طائفة من الناس تكون لهم الوساطة بين الله وبين خلقه يهبون لمن أطاعهم الغفران ، ويقررون لمن خالفهم الحرمان .

نقول ليس فيه ذلك ، لأن الرسول ذاته لم ينصب نفسه واسطة بين الناس وخالفهم ، ولم يضع في يده غفراناً للذنوب ، ولا مصير أحد عند ربه ، وكيف يفعل ذلك بعد أن حدد الله وظيفته " ان عليك إلا البلاغ " (١) " انما أنت منذر ولكل قوم هاد " (٢) ، " ليس عليك هدايم ولكن الله يهدي من يشاء " (٣) ، " فذكر انما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر " (٤) " وما جعلناك عليهم حفيظاً وما أنت عليهم بوكيل " (٥) ، " وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم " (٦) .

ولو كان ملك شيئاً من ذلك لوهبه لأقرب الناس وأحبهم اليه ، وقد ثبت عنه أنه قال يوماً لفاطمة : « يا فاطمة بنت محمد لا أغني عنك من الله شيئاً » وقال لعمره : « يا صفيّة بنت عبد المطلب لا أغني عنك من الله شيئاً » فالوساطة بين الخلق والخالق لا محل لها في الاسلام ، فكل واحد من المسلمين في أي بقعة من بقاع الأرض يستطيع أن يتصل بربه من غير وساطة أحد من الناس ، « واذا سألك عبادي غني فاني قريب أجيب دعوة الداع اذا دعان » (٧) « وقال ربكم ادعوني أستجب لكم » (٨) .

(١) الشورى - ٤٨

(٢) الرعد - ٧

(٣) البقرة - ٢٧٢

(٤) الناشية - ٢١ ، ٢٢

(٥) الأنعام - ١٠٧

(٦) النحل - ٤٤

(٧) البقرة - ١٨٦

(٨) غافر - ٦٠

وهنا يثور التساؤل الآتي . اذا لم يكن للصفة الدينية أثر في ذلك كله .
فما أثرها اذا ؟

وللجواب عن هذا التساؤل نقول : ان الفقه الاسلامي تشريع الهى
ارتبطت أحكامه بالعقيدة ، ارتبطت بالايمان بالله ، فأواسره ونواهيته تأتى
مزيلة بتعليقها بالايمان ” يأياها الذين آمنوا اتقوا الله وفروا ما بقى من الربا
ان كنتم مؤمنين “ (١) ، ” ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ان كنتم تؤمنون
بالله واليوم الآخر “ (٢) ، ” يعظكم الله أن تعودوا لمثله أبدا ان كنتم مؤمنين “ (٣) .

كما ارتبطت في جملتها بالثواب والعقاب الذى أعده المشرع سببانه
في الآخرة دار الجزاء .

” تلك حدود الله ومن يطلع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها
الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ومن يعص الله ورسوله ويتمدد حدوده
يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين “ (٤) .

” يأياها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة
عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيماً . ومن يفعل ذلك
عدواناً وظلماً فسوف نصليه ناراً وكان ذلك على الله يسيراً . ان تجتنبوا
كبار ما نهون عنه تكفر عنكم سيئاتكم وندخلكم مدخلاً كريماً “ (٥) .

فاذا آمن الانسان بذات الهية علوية قادرة قاهرة مطلعة على سرائره
وخفاياه محاسبه على كل ما يصدر منه وتجازيه عليه في الآخرة وجد عنده
الضمان لاحترام قانونه الذى أنزله ، فتتزل النفس على أحكامه طيبة مختارة
بل قريرة العين راضية به .

(١) البقرة - ٢٧٨

(٢) ، (٣) النور - ٢ ، ١٧

(٤) النساء - ١٣ ، ١٤

(٥) النساء - ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١

فقوة التدين توجب على المؤمنين احترام جميع الأحكام الفقهية (١) ، وهذا الاحترام يبعثهم على أداء الحقوق التي توجبها ، ولو كانوا بعيدين عن تناول القضاء باعتبار أن أصلها من عند الله المطلع على سرائرهم .

فالصفة الدينية تجعل المؤمن قاضياً على نفسه ، وتمنعه من استباحة حقوق الآخرين عند ما تفقد وسائل الإثبات ، أو يكون بعيداً عن عين القضاء .

يشير لذلك قول رسول الله للرجلين الذين اختصما إليه في موارث بينهما ، وليس لهما بينة على دعواهما : « انكم تختصمون الى وانما أنا بشر ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من الآخر فاقضى له على نحو ما أسمع : فن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فانما أقطع له قطعة من النار يأتي بها إسطاراً في عنقه يوم القيامة » ، فيكّي الرجلان ، وقال كل واحد منهما حقّي لأخي ، فقال لهما الرسول : « أما اذاً فقوموا فاققسما ثم توخيا الحق ثم اسهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه » (٢) .

ومن هنا يقول الرسول في حديث آخر « لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن » .

فالصفة الدينية تعتبر — بحق — مزية من مزايا الفقه الاسلامي لا عيباً يعاب به .

قد يقال : ان في نشر العلوم والثقافات غناء للانسان عن التدين ، لأن ذلك يربّي فيه ضميراً حياً رقيقاً عليه في أعماله يساعده على تقبل القوانين واحترامها .

(١) ولو كانت هذه الأحكام اجتهادية بنيت على قياس أو مصلحة أو عرف بقيت أو تبدلت لأن المجتهد حيناً يجتهد يبحث عن حكم الله في المسألة بكافة الوسائل ، ولذلك لا يقطع حين اجتهاده بل يحكم بنال ظنه على مقدار وسعه .

(٢) الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٦٦ ، تفسير القرطبي ج ٢ ص ٣١٧

والجواب عن ذلك أن العلم مهما تقدم لا يمكن أن يحل محل الدين والخلقى في تربية الضمير ، لأن العلم سلاح ذو حدين يصلح للهدم والتدمير ، كما يصلح للبناء والتعمير ، فهو في ذاته محتاج الى رقيب يوجهه وجهة صالحة ، ولا أنفع من رقيب الايمان الوليد البكر للدين والأخلاق (١) .

ولقد اعترف رجال من أقطاب العلم وزعماء السياسة وقادة الجيوش بأن العلم لا قيمة له بدون الأخلاق والدين . اعترفوا بذلك ابان الحرب المدمرة الماضية الى تعتبر أثراً من آثار العلم ، وثمرة من ثمرات حضارتهم التي يتغنون بها .

واليك طائفة منها منقولة عن كتاب « العلم والدين » للمشير أحمد عزت باشا (٢) ، وكتاب الدين لفضيلة الدكتور محمد عبد الله دراز .

فالعالم الطبيعى الأمريكى « روبرت ميلليكان » يصرح بأن أهم أمر في الحياة هو الايمان بحقيقة المعنويات وقيمة الأخلاق ، ولقد كان زوال هذا الايمان سبباً للحرب العامة ، واذا لم نجتهد الآن لاكتسابه أو لتقويته فلن يبقى للعلم قيمة ، بل يصير العلم نكبة على البشرية .

ويقول « ويلسون » الرئيس الأسبق للولايات المتحدة « وخلاصة المسألة أن حضارتنا ان لم تنقذ بالمعنويات فلن نستطيع المثابرة على البقاء بماديتها ، وأنها لا يمكن أن تنجو الا اذا سرى الروح الدينى في جميع مساهمها ذلك هو الأمر الذى يجب أن تتنافس فيه معابدنا ومنظمتنا السياسية وأصحاب رؤوس أموالنا وكل فرد خائف من الله محب لبلده .

والمارشال بيتان يقول في آخر خطابه الذى أذاعه على أمته في يوم ٢٥ يونيه سنة ١٩٤٠ عقب توقيع الهدنة التى التمسها من زعيم ألمانيا المنتصرة عليهم : « اننى أدعوكم أول كل شئ الى نهوض أخلاقى » .

(١) راجع الدكتور محمد عبد الله دراز في كتاب الدين ص ٩١ وما بعدها فقد كتب فصلاً متناً في وظيفة الأديان في المجتمع .
(٢) ص ١٣٣ وما بعدها .

والمارشال مونتيجمري يقول في خطبة له أمام الجيش الثامن : « ان أهم عوامل الانتصار في الحرب هو العامل الأخلاقي ، ولا يمكن لقائد أن يدفع جنوده الى بذل أقصى جهودهم في العمل الا اذا كانت ضمايرهم مرتاحة الى ما يعملونه ، ويقتضى أن الجيش اذا سار على غير مرضاة الله سار على غير هدى . ان خطر الانحطاط الخلقي في أفراد الجيش أعظم من خطر العدو ، ولذلك لا نستطيع أن نتصر في معركة الا اذا انتصرنا على أنفسنا قبل كل شيء » .

تلك نداءات صارخة بالرجوع الى الخلق والدين ، ولكنها صدرت في وقت مليء بالشدائد والمفزعات ، وليس لها صدى في وقت السلم والرخاء وتلك عاداتهم كلما نزلت بهم نازلة ذكروا الدين والأخلاق (١) . فاذا ما انكشفت عنهم الغمة عاودتهم طبيعتهم الأولى ، طبيعة الظلم والاستبداد والاعتداء على حقوق الآخرين .

فهى تذكرنا بطبيعة الانسان التي صورها القرآن أبلغ تصوير في قوله تعالى :
 " واذا مس الانسان الضر دعانا لجنبه أو قاعداً أو قائماً فلما كشفنا عنه ضره مر كأن لم يدعنا الى ضره منه كذلك زين للمسرفين ما كانوا يعملون " (٢) .

وقوله : " هو الذى يسيركم فى البر والبحر حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها نجاءها ربيع عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لئن أنجيناهم لنكونن من الشاكرين . فلما أنجاهم اذا هم يبغون فى الأرض بغير الحق يأبها الناس انما بغيكم على أنفسكم متاع الحياة الدنيا ثم الينا مرجعكم فننبئكم بما كنتم تعملون " (٣) .

(١) نلاحظ أن المجتمعات المادية لا تذكر الدين ألا في الأزمات الشديدة والظروف المعيبة التي تمر بها . لأن هذه الظروف تشر الانسان بضعفه وعجزه عن الوصول الى الحل لما وقع فيه فيسجبه نحو العالم الروحي يستلهم منه السداد والحل . أما في وقت الرخاء فيغلب عليها التيارات المادية وتضعف عندها النزعة الروحية أو تنعدم ، لذلك نراهم حيناً يتم لهم الغلبة في الحروب أو تزول أزمتهم فيسون أو يتناسون ما كانوا فيه وتتحكم فيهم الشريرة فلا يوفون بوعده ولا يؤدون واجبا .

(٢) ، (٣) يونس - ١٢ ، ٢٢ ، ٢٣

”واذا أنعمنا على الإنسان أعرض ونأى بجانبه وإذا مسه الشر فلو دعاه عريض“ (١)

أين هؤلاء من المسلمين الذين وصفهم الله بعد النصر على الأعداء في القتال بأنهم رعاة إنسانية يحافظون على الحقوق، ويسرون على الجادة المستقيمة .

”الذين ان مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر“ (٢) .

ثم أين مقالات أولئك الزعماء مما أثر عن رسول الله وخلفائه من وصاياهم للجيش المحارب .

فقد روى مسلم عن بريدة بن الحصيب قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أو صاه في خاصة نفسه بتقوى الله تعالى ، وبمن معه من المسلمين خيراً ، ثم يقول : « اغزوا باسم الله وفي سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله لا تغلوا ولا تغلروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدآه .

وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى قائد جنده عهداً قال فيه : « هذا ما عهد به عبد الله أمير المؤمنين الى منصور بن غالب حين بعثه على قتال أهل الحرب وحربه من استعرض من أهل الصلح .

أمره في ذلك بتقوى الله على كل حال نزل به من أمر الله ، فان تقوى الله أفضل العدة وأبلغ المكيدة ، وأقوى القوة ، وأمره ألا يكون من شيء من عدوه أشد احتراساً منه لنفسه ومن معه من معاصي الله ، فان الذنوب أخوف عندى على الناس من مكيدة عدوهم ، وانما نعداى عدونا وتنصر عليهم بمعصيتهم ، ولولا ذلك لم تكن لنا قوة بهم ، لأن عددنا ليس

(١) فصلت - ٥١

(٢) الحج - ٤١

كعدهم ، ولا عدتنا كعدتهم ، فلو استوينا نحن وهم في المعصية كانوا أفضل منا في القوة والعدد ، فان لم ننصر عليهم بحقنا لا نغلبهم بقوتنا »

هذا هو أثر الدين في الفقه الاسلامي يجعل الناس على تقبل احكامه عن رضى ورغبة لا عن خوف ورهبة ، وهو أثر تهذيبى جليل الاثر يعين القانون على أداء وظيفته على الوجه الاكمل ، لأنه لا يكفى في أداء القانون لوظيفته أن يكون صالحاً في ذاته ملائماً للحياة ومطالها ، بل يتوقف ذلك الى حد كبير على تقبل الناس له واحترامهم لأحكامه ، وليس على وجه الأرض قوة تكافئ قوة الدين أو تدانها في كفالة احترام القانون .
وضمان تماسك المجتمع واستقرار نظامه .

ويجب ألا ننسى ما للعنصر الدينى من أثر كبير في وجود الحكم الصالح والديموقراطية الصحيحة (١) في صدر الاسلام ، وفي فترات متفرقة من تاريخه كلما وجد الوازع الدينى عند حكامه ، لأنه يجعل الحاكم دائماً

(١) والتاريخ اصدق شاهد على ذلك وقد اعترف المنصفون من رجال القانون بأن ما بله التشريع الاسلامي في هذه الناحية بسبب العنصر الدينى لم تبلفه الأنظمة الحديثة على كثرتها ، ولن تستطيع أن تسد الفراغ الذى خلقه انهيار الوازع الدينى بتشريعاتها مهما تعددت . يقول الدكتور عبان خليل في كتابه «الديموقراطية الاسلامية» ص ٦٤ : واذا كان للديموقراطية الاسلامية ثراث جليل في هذا الشأن حتى ليكاد يحيط بكل صور الأهداف الديموقراطية الحديثة فيجب أن لا ننسى ذلك الفارق الواضح ، وهو أن أكبر ضمان للحكم الصالح في الديموقراطية الاسلامية بنوعها كان الوازع الدينى ، واعتبار هذا الصلاح في الحكم عبادة ، ولذا بلغ بعض الحكام في حكمهم حد التضاني في خدمة المجتمع والتضحية بكل مصالحهم الشخصية وأموالهم في ذلك . على أن هذه الحقيقة قد أتاحت كذلك لمن لا وازع لديهم من الدين فرصة للاستبداد المسرف ولهدار أظهر الأصول والحرمات الشرعية .

أما الديموقراطية الحديثة فلا سند لها من الوازع الدينى لانفصال الدولة عن الدين ، ولذلك كان العصر الحديث أحوج الى رسم الضمانات الوضعية وتفصيلها ومحاولة ضبطها وإحكامها ، فنظمت الدساتير والقوانين الوسائل السياسية والجنائية والمدنية لمراقبة الحاكمين ، ولضمانهم وتكشف الخلاف في كل ذلك عن ظهور صور الديموقراطية الحديثة . وهي البرلمانية والرئاسية والجمعية . ولكل منها وسائلها الخاصة في هذا الشأن ، ولكننا نشك كثيراً في أنها قد استطاعت أن تسد كل ذلك الفراغ الهائل الذى خلقه انهيار الوازع الدينى القوي الذى كان متسلطاً على الحكم

وبخاصة في صدر الاسلام . ١٠

على حذر من مخالفة شرع الله طمعاً في ثوابه أو خوفاً من عقابه . حتى كان الواحد منهم يؤثر رعيته على نفسه مضحياً بمصالحه الشخصية وأمواله في سبيلهم ليقينه أنه مستول عنهم في كل أمورهم كبيرها وصغيرها أمام الله الواحد القهار « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » .

فغنصر الدين جعل من التشريع الاسلامي صلاحاً للراعي والرعية ، وهو فوق ذلك رباط قوى متين يجمع القلوب على المحبة والترحام ، ويجعل من المتدينين أسرة واحدة يحس كل فرد فيها بما يحس به الآخرون مهما اختلفت أوطانهم ، وتباعدت ديارهم ، فهو رباط الله الذي يحقق الوحدة الصادقة دونه في ذلك رباط الدم . أو اللغة أو الجوار أو المصالح المشتركة .

موقف الفقه الاسلامي من العرف

أما الشبهة الثالثة وهي موقفه من العرف ورفضه لبعض ما تعارفه الناس فليس ذلك بدعا فيه حتى يعاب عليه . فإن القوانين الحديثة — بعد عصر المدرسة الواقعية — تسير على هذا المنهج ، فحددت للعرف موضعاً يعمل فيه ، ومرتبة لا يتعداها ، فإن تجاوز ذلك كان نصيبه الرفض والالغاء ، ومن ثم شرطوا لاعتباره شروطاً لا يقبل الا اذا توفرت جميعها ، ومتى اختلت أو اختل واحد منها كان عرفاً فاسداً لا يلتفت اليه .

وسنرى من الموازنة بين مركز العرف في الفقه الاسلامي ومركزه في القوانين الوضعية أن كفة الفقه الاسلامي فيه راجحة على الأخرى ، وأن العرف فيه ظل محتفظاً بمكانته الأولى طوال حياته ، وأنه لم يجد فيه جديد يطنى عليه أو يحل من سلطانه ، بينما نجده في القوانين الأخرى انحدر من مكانته العالية ، وضعف سلطانه حتى كاد يفقد تأثيره في نظر بعض رجال القانون .

وان جولة مع تاريخ العرف في القوانين الوضعية ترينا ذلك في وضوح فلقد كان العرف هو المصدر الرئيسي لكل القوانين القديمة ، فلما سنت القوانين ، وصدرت بها التشريعات ظل العرف محتفظاً بمكانته الأولى فترة

من الزمان ، فكان هو والقانون المكتوب في منزلة واحدة ، ولذا كان من المقرر في القانون الروماني ، والقوانين الأوربية المشتقة منه . أن القاعدة المتأخرة يجب ما قبلها بصرف النظر عن مصدر كل منهما عرفاً كان أو تشريعاً .

وفي هذا يقول الفقيه الألماني « سافيني » : إذا نظرنا الى العرف والتشريع باعتبار قوتيهما الملزمة وجب أن نضعهما في مستوى واحد ، ففي وسع القانون العرفي أن يكمل أو يعدل أو يعطل قانوناً مكتوباً ، كما أن في وسعه أن يخلق قاعدة جديدة ، ويحل محل القاعدة المكتوبة التي ألغاهها (١) .

ولما تقدم الزمن وتطورت القوانين بنشاط التشريع بدأ مركز العرف يضعف ، فنحى عن مكانته الأولى لما قبلوا قبوله بشروط حتى ذهب كثير من الفقهاء الغربيين الى أنه فقد أهميته ، لانتقال سلطة التشريع من الشعب الى ممثليه الذين يتكون منهم البرلمان ، وذهب آخرون الى أنه لم يفقد منزلته كمصدر من مصادر القانون ، ولكن مدى نشاطه تحدد ، لأن اشتراط الشروط لصحته جاء للتقليل من شأنه ، وكلما تطور النظام القانوني ضاق نشاط العرف ، كما يقول الدكتور محمد عرفه (٢) ، لأسباب عددها .

وبعد أن بين أن العرف لم يفقد أهميته في القانون المصري ، لأن المشرع وضعه بعد التشريع ، ولاستناد القانون التجاري اليه قال : ومع ذلك يمكن القول بصفة عامة أن أهمية العرف كمصدر للقانون تتلاشى بتكامل النظام التشريعي ، وذلك لمزاحة التشريع والقضاء ، واقصائها اياه من ميدان الانتاج القانوني ، ويساعدهما على ذلك تلك الشروط المفروضة على مقدرة العرف الانشائية ، والتي يندر أن تتوافر لقاعدة عرفية في الوقت الحاضر .

(١) الدكتور محمد عرفه في مبادئ العلوم القانونية ص ٥٧

(٢) المرجع السابق .

وقريب من هذا ما يقرره الدكتور كبره (١) من أن العرف بعد هذه الشروط أصبح مصدراً بطيناً للقانون ، وكثيراً ما يعوزه الوضوح والتحديد وان كان فيه مرونة عن التشريع .

هذه لحة يسيرة عن تطور العرف في رحاب القانون . بدأ واسع السلطان ثم انهمى الى حصره في دائرة ضيقة بما وضعوه له من شروط كان بعضها محل وفاق ، وبعضها الآخر مختلف فيه .

ولا يعنينا هنا خلافهم أو وفاقهم بقدر ما يعنينا ذكر بعض هذه الشروط لتوقف المقارنة عليها .

شرطوا لقبوله (أولاً) : السداد . وفسروه بكون العرف متوافقاً مع العدالة والنفع العام ، ويتعبر آخر . أن يكون موافقاً للنظام العام والآداب .

شرط يذكره أغلب الشراح ، وان صرفه البعض (٢) الى العرف الخاص « المحلى أو المهني أو الطائفي » مستبعداً أن يكون شرطاً في العرف العام الشامل ، لأن هذا النوع من العرف يسهم الى حد كبير في تحديد مضمون النظام العام باعتبار صدوره من الجماعة كلها .

(وثانياً) أن يكون عاماً ، وليس معنى عمومته شموله جميع البلدان بما فيها من طوائف وأشخاص ، بل يريدون عمومته في المكان الذي يقع فيه أو الأشخاص الذين مصدر عنهم العمل بصفاتهم كالعرف الطائفي أو المهني .

(وثالثاً) ألا يكون متعارضاً مع التشريع القائم ، فلا قيمة للعرف مع التشريع لأنه لا يلغيه ، فالبداية العام والقاعدة المقررة في العرف أنه يعمل به ما لم يتعارض مع نصوص التشريع ، فاذا كان مناقضاً له فلا يعمل به (٣) .

(١) المدخل .

(٢) الدكتور كبره في المدخل .

(٣) الدكتور محمود جمال الدين زكي في نظرية القاعدة القانونية ص ١٣٢ يفسر المناقضة بكونه يأتي بحكم يخالف الحكم الثابت بالنص التشريعي سواء أكانت هذه المخالفة إيجابية بأن أتت بحكم يناقضه أم سلبية بأن لم تأت بحكم ولكنها اعترضت تطبيقه .

وعلى ذلك لا يقوى العرف عندهم على نسخ التشريع أو الغاء نصوصه
الآمرة (١) .

هذا هو أصل وضع العرف بالنسبة الى نصوص التشريع — في نظر
رجال القانون — لا يقوى على الغاء النص التشريعي ، ولم يخرج عن هذا الأصل
الا العرف التجاري ، فانه يجوز أن يلغى نصوص القانون عند التعارض ،
ويرجع ذلك الى أن القانون التجاري في الحقيقة عبارة عن تقنين للعادات
التي اصطلاح عليها التجار فيما بينهم ، وقد استثنوا من هذا الاستثناء العرف
التجاري المعارض لنص متعلق بالنظام العام ، فانه لا يقوى على الغائه .

إذاً يكون استثناء الغاء النص بالعرف التجاري مقيداً بعدم كون النص
المعارض متعلقاً بالنظام العام (٢) .

هذا هو الاستثناء الوحيد الذي أقامه شراح القانون ، وهو يصور
لنا قداسة النصوص التشريعية — في نظرهم — التي لا يرقى إليها سلطان العرف
الا من هذه النافذة الضيقة .

ومع ذلك نجد من شراح القانون من يرفض هذا الاستثناء ، ويوجه
المسألة توجيهاً آخر لتبقي القاعدة على عمومها من غير استثناء .

يقول الدكتور مصطفى كمال طه (٣) « وقد يتضمن العرف التجاري
خروجاً على بعض نصوص التشريع المدني ولو كانت آمرة ، وبعد ذكره لأمثلة
ذلك قال : ويراعى أن مخالفة العرف التجاري لنصوص القانون المدني
الآمرة ليس فيها تغليب للعرف على التشريع . ذلك أن الأمر لا يعدو
أن يكون تحديداً لنطاق تطبيق كل من القانون التجاري والقانون المدني ،
والقاعدة في هذا الشأن . أن القانون المدني لا يطبق الا اذا لم يوجد حكم خاص
في القانون التجاري ، ووجود عرف تجارى معناه وجود قاعدة قانونية

(١) الدكتور كيره أصول القانون ص ٣٥٦

(٢) الدكتور جمال الدين زكي : المرجع السابق ص ١٣٤

(٣) القانون التجاري ج ١ ص ٣٧

تجارية خاصة ، فلا حاجة مع وجودها الى تطبيق القواعد المدنية العامة ، ولهذا لا يجوز للعرف التجارى أن يخالف نصوص التشريع التجارى الآمرة ولكنه يملك مخالفة النصوص المفسرة أو المكملة .

والى مثل هذا يذهب الدكتور كيره (١) . فيقول بعد الشرح الطويل والرد على من جاوز مخالفة العرف التجارى للنصوص التشريعية الآمرة : فإذا العرف يبقى على أصله من عدم جواز مخالفته لنصوص التشريع دون استثناء .

هذا هو مركز العرف مع النصوص الآمرة . لا بقوى على مخالفتها أما موقفه من النصوص المفسرة للتشريع أو المكملة له فيبقى على مخالفتها (٢) لأن النص المفسر يحمى عند الاختلاف فى النص - غالباً - فإذا وجد عرف يخالفه فلا يكون له محل ، ولهذا ترى المشرع ينبه فى بعض النصوص المفسرة الى أنها لا تسرى اذا وجد عرف مخالف لها ، على معنى أنه يستبعد تطبيق النص فى حالة وجود العرف المخالف ، ولا يلغى النص بذلك العرف ، بل يظل قائماً يطبق فى المواضع التى لا يوجد فيها عرف يخالفه .

(١) المدخل ص ٢٢٢ وأصول القانون ص ٣٥٧ وما بعدها .

(٢) أصول القانون ص ٣٥٩ . وقد فرقوا بين القواعد الآمرة وبين المفسرة والمكملة بأن الآمرة ملزمة على كل حال لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، والثانية ملزمة بشرط عدم وجود اتفاق على مخالفتها ، فإذا لم يتفق المتعاقدان على مخالفتها أو سكنا من الاتفاق وجب تطبيقها ، فهى تطبق فى حال دون حال ، وعلى بعض الأشخاص دون الآخرين ، وتعرف كل منهما بأنه اذا جاءت القاعدة بصيغة الأمر أو النهى أو نص فيها على بطلان كل اتفاق يخالف لها ، أو يفرض عقوبة على مخالفتها كانت آمرة ، وإذا نص فيها على اجازة الاتفاق على ما يخالفها أو صرح فيها بعبارة اذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، كانت من النوع الثانى ، وإذا خلت القاعدة عن شيء من ذلك صراحة . فان كانت متعلقة بالنظام العام أو الآداب فأمره ، وإذا لم تتعلق بشيء منهما كانت مفسرة أو مكملة ، وهذا الفرق الأخير غير بين لعدم تحديد معنى النظام العام والآداب كما صرح بذلك القانونيون أنفسهم ، ومن ثم يكون الفصل بين النصوص التى يجوز للعرف مخالفتها والتى لا يجوز فيها ذلك صيراً . أنظر الدكتور محمد عرفه فى مبادئ العلوم القانونية

والنص المكلل جاء لتكملة ارادة العاقدین ، فيطبق اذا لم يتفق المتعاقدان على عكسه ، أو سكتاً عن الاشارة الى موضوعه ، ولذلك يقرن كثيراً بالعبارات الآتية « الا اذا وجد شرط يخالف ذلك » أو « في حالة عدم وجود شرط صريح في العقد » أو « اذا لم يحصل الاتفاق على كذا » .

فهى نصوص أريد بها تنظيم التعاقد بين المتعاقدين اذا لم يريدوا افراغه في قالب آخر ، أو لتكملة ارادتهما في حالة سكوتهما ، فاذا جاز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها جاز من باب أولى نشوء عرف يخالف لها .

وقد قرروا أن العرف مصير في جميع فروع القانون عدا القانون الجنائي فان العرف لا مجال له فيه ، ولا يعمل به الا في تفسير نص من نصوصه للقاعدة المشهورة « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » وان كان سلطانه في القانون التجارى أوسع من بقية الفروع الأخرى .

ويرجع ذلك الى أن العمليات التجارية تتم بسرعة فلا يتوفر للمتعاقدین الوقت الكافي لذكر كل الشروط التي تحكم العلاقات الناشئة عنها ، فتكون نيتها متجهة الى الأخذ بالعادات المنظمة لهذه العلاقات ، ولأن هذه العمليات تتم بينهم وهم على علم بعادات التجارة مما لا يستدعى معه ادراج كل الشروط المطلوبة في عقودهم (١) .

وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نلخص موقف القوانين من العرف في النقاط الآتية :

١ - أن العرف المقبول هو المتوافق مع العدالة والنفع العام ، أو بتعبير آخر : الموافق للنظام العام والآداب ، وبمعنى أوضح . هو الذى يتفق مع العدالة ويحقق نفعاً عاماً ، ولا يخالف المصالح الأساسية التي يقوم عليها بناء الجماعة ولا أصول الأخلاق ، ولا يتعارض مع نصوص التشريع الآمرة بعد أن يكون

(١) الدكتور مصطفى كمال طه المرجع السابق ص ٣٩

عاماً . سواء كان عمومه شاملاً لجميع البلدان وما فيها من أشخاص وطوائف أو خاصاً ببلد أو بطائفة أو أبواب مهنة .

٢ - أن عمل العرف يظهر في أمرين : في الانشاء والتفسير . انشاء القواعد القانونية في فروع القانون عدا القانون الجنائي ، وهو في ذلك مكمل للتشريع ، لأنه يقرر أحكاماً لمسائل فات على التشريع أن ينظمها ، أو استعصى عليه تنظيمها لتشعبها ، وتفسير النصوص التشريعية في جميع الفروع حتى الجنائي منها .

٣ - أن العرف المرفوض هو المخالف للنظام العام أو الآداب ، أو المعارض لنصوص التشريع الآمرة .

٤ - أن مخالفة العرف للنصوص المفسرة أو المكلة لا يمنع قبوله .

٥ - أن سلطان العرف في القانون التجاري أوسع دائرة من بقية فروع القوانين .

تلك هي منزلة العرف في قوانين البشر . تطبيق وتشديد ، ورفع للنصوص الى مقام التقديس ، مع أن أغلب هذه النصوص في أصلها عادات قديمة ، تطورت مع الزمن حتى صاغها المشرع في قواعد مكتوبة ، ورغم ذلك لم يرمها أحد بالجمود ولا بالبعد عن الواقع .

وسترى من عرض نظرية العرف في فقه الاسلام أنه أوفر حظاً وأعلى شأناً منه في تلك القوانين ، وأن ما قيل عنه انه يرفض أعراف الناس ، فيبعد عن واقعهم ، ويخلق في سماء المثالية . قول ، جانبه الصواب الى حد كبير ان لم يكن هو الخطأ بعينه .

ولعل قائله نظر الى رفضه بعض ما تعارفه الناس مما يخالف نصوصه الصريحة الآمرة والناهية ، كعدم اقراره للمعاملات الربوية الشائعة بين الناس ، والتي أقرتها القوانين الوضعية التي لا تعترف بجحمة الربا .

ولو أنصف ذلك القائل وطبق شروط اعتبار العرف في القانون
على تلك الأعراف المخالفة لنصوص الاسلام الالهية لما وصل الى هذه النتيجة
الحاطة^(١).

أقول : لو أنصف ونظر لكليها بعين واحدة لما وقع في هذا الخطأ
... .. ولكن عين السخط تبدى المساويا

وسأكتفى هنا بعرض إجمالى لتلك النظرية .

جاء الاسلام وللعرب عادات وتقاليد ساروا عليها ، واحتكوا بها
مئات السنين . عادات اختلطت فيها بقية من الشرائع السابقة بقواعد أحكمتها
تجاربهم وما نزع اليهم من عادات الأمم المجاورة ، عادات فيها الصالح
والفاسد ، تنازعها العقول والأهواء ، فكانت الغلبة للعقل مرة ، وللهوى
مرة بل مرات ، والاسلام دين اصلاح نزل ليخرج الناس من الظلمات
الى النور ، فليس من المعقول أن يهدم كل ما كان عندهم من نظم ، ويقضى
على ما كان لهم من عادات ، لأنه لم يأت لهدم المدينيات ليؤسس على أنقاضها
مدينيات جديدة . والتاريخ يحدثننا الحديث الصادق .

يحدثنا بأن رسول الله وقف من تلك العادات مواقف مختلفة ، فأقر طائفة
منها على ما كانت عليه ، وألغى طائفة أخرى ، وحذر من قربانها ، كما عمد
الى طائفة ثالثة أبقى أصلها وعدل رسمها ، وأخيراً أتى لهم بنظم مبتكرة لم يسبق

(١) ألا ترى أن شراح القانون لا يمترون بالعادات المتأقية لقواعد الأخلاق والأسس
الاجتماعية . يقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في كتابه نظرية القانون ص ١٥١ في شروط
العرف . المعتبر : « وأن يكون مطابقاً للمدالة وللنظام العام ولحسن الآداب في العولة ، فالمعادات
التي تتنافى مع الأسس الاجتماعية والأخلاقية التي تقوم عليها الجماعة لا ترقى أبداً الى مرتبة العرف
وان طال عليها الأمد ، فالأخذ بالتأثر عادة راسخة في دم الأفراد في بعض أقاليم وطننا لاسيما
في أمال الصعيد ، ومع ذلك لا يمكن أن يتولد عنها عرف واجب الاحترام قانوناً ، لأن تلك
المادة تتعارض مع قاعدة أساسية من القواعد التي أرسى عليها المجتمع المصري ، ومقتضاها أن تتولى
الدولة بوساطة محاكمها أمر القصاص لمن يتبدى عليه من بينها » اهـ . فأى فرق بين ما يرفضه الفقه
الاسلامى من الأعراف المتأقية لقواعده ومبادئه وبين مثل هذه المعادات التي ترفضها القوانين ؟؟ ؟

لهم عهد بها ، فقد أقر من البيوع ما كان مبنياً على التراضي خالياً بما يثير النزاع أو يوصل الى أكل أموال الناس بالباطل ، وألغى ما عدا ذلك من بيع أو مخاطرة والقرر . كبيع الملامسة والمناذرة والقضاء الحصاة ، وكضربة القانص والغائص وما ليس عند الانسان ، وكبيع الحمل واللبن في الضرع وغيرها .

وأقر من الزواج صنفاً كانت تختبئ فيه المرأة الى ولها ، ويقدم لها خاطبها صداقاً ، ثم يعقد العقد أمام شهود بعد اعلانه ، وألغى ما عدا ذلك من أنكحهم الفاسدة التي تعتبر زنى أو قربة منه (١) .

وأقر أصل الطلاق ونظم طريقته .

وأبقى نظام القصاص في القتل العمد بعد أن أذهب عنه عنت الجاهلية وقرر وجوب الدية في القتل الخطأ وجعلها على العاقلة كما كانت ، كما أبقى نظام القسامة على ما كان عندهم .

وأقر المشاورة التي تعودوها في أمورهم مع نزول الوحي عليه لما فيها من منافع ومصالح (٢) .

وما موقفه من الرق الا اقرار لعادة فاشية بعد تنظيمها .

فقد بعث رسول الله وعادة الاسترقاق شائعة ذائعة عند العرب وماجاورهم من الأمم ، الاسترقاق بنوعيه . استرقاق الأمم والشعوب ، بأن تغير أمة على أخرى فتحضنها لها وتستغل ثرواتها .

(١) فقد أخرج البخاري وأبو داود بمندهما عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أنها قالت : ان النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء ، فلما بعث الله محمداً بالحق هدم نكاح الجاهلية كله الا نكاح الناس اليوم . راجع تفصيل ذلك في متق الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٥ في باب أنكحة الكفار .

(٢) يقول القرطبي في تفسير قوله تعالى « وشاورهم في الأمر » ج ٤ ص ٢٥٠ : قال مقاتل وقتادة والريج : كانت سادات العرب اذا لم يشاوروا في الأمر شق عليهم ، فأمر الله تعالى نبيه عليه السلام أن يشاورهم في الأمر ، فان ذلك أعطف لهم وأذهب لأصغائهم وأطيب لنفوسهم فإذا شاورهم عرفوا أكرامهم لهم . . .

وأبو سفيان في البحر المحيط ج ٢ ص ٩٨ بعد أن بين فوائد المشاورة يقول : وجرى على مناهج العرب وعاداتها في الاستشارة في الأمور ، واذا لم يشاور أحداً منهم حصل في نفسه شيء .

واسترقاق الأفراد ، بأن يستولى الشخص على غيره بطرق عديدة .
حتى كان الناس يعدون الرقيق نوعاً من المال ، بل من أئمتها وأعزها ،
فعلى الرقيق تقوم فلاحه الأرض وأعمال التجارة والخدمة في البيوت وخارجها .

فقرر حرية الشعوب والمساواة بين الأمم « يا أيها الناس انا خلقناكم
من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله
أتقاكم » (١) ، بل ان الله بين أنه ناصر المستضعفين المستعبدين « ونريد
أن نمن على الذين استضعفوا في الأرض ونجعلهم أئمةً ونجعلهم الوارثين » (٢)
والرسول يقول: « كلكم لآدم وآدم من تراب » ، وبهذا ألغى استرقاق الشعوب .

وأما استرقاق الأفراد فقد أقره وحدد له سبباً واحداً ، وهو الحرب
المشروعة ، بعد أن كان قبله يأتي من أسباب عديدة ، ولم يكن من المعقول
أن يلغى الرق في الدولة الإسلامية بينما تتمسك به الأمم حولها ، فأبقاه معاملة
بالمثل ، وهو مبدأ مقرر في كل القوانين .

وبعد هذا الإبقاء والتضييق في أسبابه فتح له نوافذ الحرية من كل جانب
فجعل فكالك الرقيق كفارة لما يقع فيه المرء من أخطاء ، كاعتدائه على حرمة
الصوم ، أو الحنث في اليمين ، أو القتل خطأ أو الظهار .

ثم بين أن اعتناق الرقيق عمل من أعمال البر التي تنجي صاحبها في الآخرة
من العذاب . « فلا اقتحم العقبة وما أدراك ما العقبة فك رقبة » (٣) ، وأحاديث
الرسول في الترغيب في العتق والحث عليه كثيرة لا تحصى (٤) .

(١) الحجرات - ١٣

(٢) القصص - ٥

(٣) البقرة - ١٧٦

(٤) يقول الأستاذ الإمام محمد عبده في تفسيره: وقد ورد في فضل العتق ما بلغ معناه حد التواتر
فضلاً عما ورد في القرآن ، وهو يرشد الى ميل الاسلام الى الحرية وجفوته للأسر والمبودية .
تفسير جزء عم ص ٦٩

ومع هذا كله حث على حسن معاملة الرقيق . وبذلك نذكر أن الاسلام ألغى الرق - في الحقيقة - من طريق غير مباشر .

ومن هذا يتبين أن الرسول اعتبر العرف القائم عند بعثته ، بيد أنه لم يعتبره لأنه مجرد أمر متعارف معمول به من قديم الزمن ، والا لاعتبر كل ما تعارفوه .

فلا بد أن يكون الاقرار أو الالغاء لأمر وراء كونه عرفاً ، وليس هنا ما يصلح أن يكون سبباً لذلك الا ما في هذا الأمر المتعارف من مصلحة راجحة ، أو مفسدة غالبية ، فأقر ما يحقق لهم المصالح ويدفع عنهم المفسدات ، ولو لم يكن فيه عرف بخصوصه لآتى به تشريعاً مبتدأً ، وألغى ما يجلب عليهم الشر . ويثير العداوة والبغضاء بينهم .

ويوضح ذلك أنا وجدناه في المعاملة التي ألفوا فيها أكثر من عادة يقر واحدة منها ويلغى باقيةا .

فالبيع الذي هو مبادلة المال بالمال اعتادوا فيه طرائق عدة ، أقر احداها ونهى عما عداها .

والزواج كذلك كما سبقت الاشارة اليه .

وبهذا يكون رسول الله قد وضع المبدأ الواضح لاعتبار العرف ، وقرر فيه قاعدة سليمة اعتبرها الأئمة والفقهاء من بعده ، ويمكن اعتبارها في كل حين .

وهي أن ما تعارفه الناس وساروا عليه ولم يكن فيه حكم مقرر يوزن بميزان المصلحة بعيداً عن الأهواء والشهوات ، فيمقدار ما فيه من منافع أو مضار يباح أو يمنع .

فاذا كان ما تعارفوه يحقق لهم مصلحة راجحة ، أو يدفع عنهم مفسدة كبيرة ، ولا يخل بالاجتماع ، قبل وأقر العمل به ، وصار شريعة واجبة

الاتباع ما دام يحقق ذلك ، ويجب على القضاة والمفتين ملاحظته ، وإن كان غير ذلك ألغى وأهمل . لا فرق في هذا بين العرف العام الشامل لكل البلدان ، والعرف الخاص ببلد أو بطائفة .

وفي قول الله تعالى « ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » ما يقرب إلى الفهم ما يراد بالمصلحة والمفسدة . ولعلك توافقني على أن معيار العرف هنا أوضح بكثير مما جعله رجال القانون معياراً في شرطهم الأول . وهو السداد المفسر بتوافقه مع العدالة والنفع العام ، أو بكونه موافقاً للنظام العام الذي لم يظفر — إلى الآن — بتعريف سليم يكشف عن حقيقته ، وكل ما جاء بشأنه — كما يقول الدكتور محمد عرفة — (١) أما غامض أو ناقص ، حتى قيل : « أن النظام العام يستمدعظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به . فن مظاهر سموه أنه ظل متعالياً على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه » .

هذا هو موقف رسول الاسلام من أعراف العرب . اقرار وتنظيم ووحى السواء ينزل عليه بقرآن وسنة ، وما أقره لم يبق على ما كان عليه عادة وعرفاً ، بل أصبح تشريعاً اسلامياً واجب الاتباع ، ودينياً يتعبد به .

ونظير ذلك في القانون أن ما يقره المشرع من العادات ينتقل من قاعدة عرفية إلى قاعدة قانونية ، ومن سنة عملية متبعة إلى قانون مكتوب له الصدارة والتقدم على ما للناس من عادات .

العرف ومخالفة النصوص

وإذا كان للعرف نوجان . نوع لا يخالف نصاً من النصوص التشريعية وآخر يخالفها ويعارض حكمها ، ورجال القانون قبلوا الأول متى توفرت له شروطه التي شرطوها ، ورفضوا الثاني إذا كان النص المعارض من النصوص الآمرة أياً كانت المخالفة . جزئية أو كلية .

(١) . مباهي العلوم القانونية ص ٩٨ .

وهذا يدعو الى التساؤل عن نوع العرف الذى أقره الرسول . هل كان كله من النوع الأول ، أم أنه أقر شيئاً من النوع الثانى المعارض للنصوص لتتم المقارنة فى وضوح ؟

وجوابنا عن هذا التساؤل : أننا وجدنا لرسول الله بعض أحاديث نهى فيها عن أشياء نهياً عاماً ، ولما وجد لقومه عادات تخالفها فى بعض أفرادها استثنى موضع العادة ورخص فيه ، وهذا — كما ترى — عرف خالف نصاً من النصوص مخالفة جزئية ومع ذلك أقره الرسول دفعاً للحرج عنهم ، وتحقيقاً لليسر الذى جاءت به هذه الشريعة السمحة .

واليك بعض هذه الوقائع :

١ — روى أن رسول الله نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ، فقال : « يا حكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك » . ولما قدم المدينة ووجدهم يتعاملون بالسلم ، وهو نوع من بيع ما ليس عند الانسان أقرهم عليه بعد أن نظمهم .

يحدثنا البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين فقال : « من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم (١) » .

٢ — أخرج البخارى وأحمد أن رسول الله « نهى عن المزانية — بيع الثمر بالتمر — الا أصحاب العرايا فانه قد أذن لهم » ، وفى رواية متفق عليها « نهى عن بيع الثمر بالتمر ، وقال ذلك الربا . تلك المزانية . الا أنه رخص فى بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذهما أهل البيت بنجرها تمرأ يأكلونه رطباً » (٢)

(١) متفق الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٥ ص ١٩١ ، وفيه . السلف هو السلم ، ولكن السلف لغة أهل العراق ، والسلم لغة أهل الحجاز .

(٢) المرجع السابق ج ٥ ص ١٧٠

فقد نهى عن المزابنة . وهى بيع الثمر على النخل بخرصها أى بقدر ما فيه إذا صار تمرأ ، لأنه ربا حيث لا يتحقق التساوى بين البدلين ، ومع ذلك رخص فى العرايا (١) ، لما وجدهم تعارفوها دفعأ للخرج عنهم .

٣ - روى غير واحد من المحدثين عن ابن عباس أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة : « ان هذا البلد حرام لا يعصده شوكه ، ولا يختل خلاه ، ولا ينقر صيده ، ولا تلتقط لقطته الا لمعرف » ، قال العباس : « الا الاذخر فانه لا بد لهم منه ، فانه للقيون والبيوت ، فقال « الا الاذخر » (٢) .

وفى رواية أبى هريرة فقال العباس : الا الاذخر فاننا نجعله لقبورنا وبيوتنا ، فقال رسول الله « الا الاذخر » متفق عليه (٣) .

وفى بعض الروايات ، فقال العباس : الا الاذخر يارسول الله ، فانه لا بد منه للقبور وظهور البيوت ، فسكت ساعة ثم قال : « الا الاذخر فانه حلال » (٤) .

فتراه صلى الله عليه وسلم خرم قطع شجر الحرم وحشيشه ، واستثنى الاذخر لاعتيادهم تسقيف البيوت به ، وسد الخلل الذى يكون بين لبنات القبور .

(١) العرايا جمع عرية ، وهى فى الأصل طية ثمر النخل دون الرقة .

كانت العرب فى الجذب تتطوع بذلك على من لا ثمر له ، كما يتطوع صاحب الشاة أو الابل بالمثيمة ، وهى طية اللبن دون الرقة ، قال مالك : العرية . أن يمرى الرجل الرجل النخلة ، أى يجب له ثمرها ثم يتأذى بدخوله عليه . ويرخص الموهوب له لواهب أن يشتري رطبها منه بتمر يابس مؤجلا ، وقال الشافعى : العرايا ، أن يشتري الرجل ثمر النخلة بخرصه بشرط التقابض فى الحال . ولها صور أخرى غير ذلك . نيل الأوطار فى الموضع السابق ، وسبل السلام ج ٣ ص ٥٧ (٢) الاذخر . حشيشة طيبة الرائحة تسقف بها البيوت فوق الخشب ، والقيون جمع قين وهو الحداد والصانع ، لا يختل خلاه . الخلا الرطب من التبات ، واختلاؤه قطعه واحتشاشه . ينقر صيدها . كناية عن الاصطياد .

(٣) المرجع السابق ج ٥ ص ٢١

(٤) انتاع الاسماع المقرئى ج ١ ص ٣٨٦

فهذه أمثلة ثلاثة اعتبر فيها الرسول العرف وأقره في مقابلة النص مع تخصيصه إياه به ، وسواء اعتبرنا الحكم فيها مستنداً الى الوحي ابتداء على رأى من يقول : إن السنة التشريعية كلها وحى مبتدأ ، أو اعتبرنا هذا النوع اجتهداً من الرسول ، لأن الله فوضه له ليستثنى منه ما يراه صالحاً ، كما يقول ابن قتيبة (١) فهو صريح في أن العرف لا يطله الشارع بمجرد معارضته للنص .

فرسول الله بعد ما نهى عن الشيء في تلك المواضع نهياً عاماً وجد لهم عادة اعتادوها في بعض صور النهى ، وأن من العسر عليهم ترك ما اعتادوه فرخص لهم في موضع العادة ، وخصص النص به دفعاً للخرج عنهم .

وفي هذا الأسلوب من التشريع ما يحرص ألسنة المرجفين الذين يرمون شريعة الاسلام بأنها غير واقعية ، فلا تسائر ركب الحضارة ، والا فأتى مسaire للواقع بعد ذلك ؟

أليست هذه النصوص التي اعتبر العرف المخالف لها من النصوص الآمرة التي منع رجال القانون اعتبار العرف المخالف لها على أى وجه ؟

ولكنها شريعة الاسلام . شريعة الخلود . شريعة الصلاحية الى يوم الدين . ان صنيع رسول الله هذا فتح لباب ملازمة هذه الشريعة للحياة ، ليدخله الأئمة والمجاهدون من بعده .

وقد دخلوه ولكن في حذر ، فلم يتهاونوا في العمل بنصوصها ، ولم يبطلوها بمجرد عرف طارئ عليها ، بل خصصوا به بعض النصوص لا بمجرد كونه أمراً معتاداً ، بل لأنه ينبعث عن حاجة ألجأهم الى تعود هذا الفعل المحقق للمصلحة ودفعاً للخرج عنهم ، فيكون ذلك التخصيص في الحقيقة تخصيصاً بمجموعة النصوص النافية للخرج والداعية الى التيسر ، والنصوص التي تستثنى مواضع الضرورة « الا ما اضطررت اليه » ، « فن اضطر غير باغ ولا عابد فلا اثم عليه » .

(١) في كتابه « تأويل مختلف الحديث » ص ٢٤٦ .

وقد تكون المصلحة التي نشأ عنها العرف في مرتبة الضرورة ، وقد تكون في مرتبة الحاجة ، ومن الفقهاء من صرح : بأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة (١) « أى في تجويز المنوع شرعاً » ، كما صرح آخرون : بأن تعامل الناس دليل الحاجة ، فلا حاجة فيما لا تعامل فيه (٢) .

الصحابة والعرف

وبعد عصر الرسول انتقلت قيادة الأمة الى خلفائه الراشدين ، وفي عصرهم والعصور التالية له امتدت الفتوحات الاسلامية شرقاً وغرباً واتسعت دولة الاسلام ، فشملت بلاداً عديدة بما فيها من عادات وتقاليده ونظم غريبة عن الاسلام . خليط من العادات . فمن مصرية الى فارسية الى رومانية الى بربرية واغريقية .

واجه المسلمون هذه العادات وتلك التقاليد ، ولم يكن من طبيعة الاسلام رفض كل غريب عنه ، فساروا على هدى رسول الله فيما كان عند العرب من عادات ، فأقروا الصالح منها ، وأهدروا فاسدها ، وهذبوا ما احتاج الى تهذيب بعد وزنها بميزان الشريعة ، وتقدير ما فيها من مصلحة .

فقد أقر عمر تدوين الدواوين الذي كان معمولاً به في فارس والروم . جاء في كتاب الخراج (٣) لأبي يوسف : أن عمر بن الخطاب لما جاءه أبو هريرة من البحرين بخمسمائة ألف درهم دعا عمر الناس فقال : أيها الناس انه قد جاءنا مال كثير ، فان شئتم أن نكيل لكم كلنا ، وان شئتم أن نعد لكم عدداً ، وان شئتم أن نزن لكم وزننا لكم ، فقال رجل من القوم : يا أمير المؤمنين : دون للناس دواوين يعطون عليها فاشتبه عمر ذلك .

(١) المجلة المدلية بشرح الأناسي ج ١ ص ٧٥ .

(٢) يقول الككاساني في بدائنه ج ٤ ص ١٩٢ : ومن شروط الاجارة أن تكون المنفعة مقصودة معتاد استيفائها بمقدار الاجارة ، ويجرى بها التعامل بين الناس ، لأنه عقد شرع بخلاف القياس الحاجة ، ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس « ا هـ .

(٣) ص ٥ الطبعة الثانية السلفية .

وابن خلدون في مقدمته (٤) يقول : « وأول من وضع الديوان في الدولة الاسلامية عمر رضى الله عنه . يقال : السبب ما أتى به أبو هريرة من البحرين فاستكثره ، وتعبوا في قسمه ، فسعوا الى احصاء الأموال ، وضبط العطاء والحقوق ، فأشار خالد بن الوليد بالديوان ، وقال : رأيت ملوك الشام يلونون ، فقبل منه عمر ، وقيل : بل أشار عليه به الهرمزان لما رآه يبعث البعوث بغير ديوان ، فقبل له : ومن يعلم بغية من يغيب منهم ، فان من تخلف أخل بمكانه ، وانما يضبط ذلك الكتاب ، فأثبت لهم ديواناً ، وأنشأ ديوان الجيش في سنة ٢٠ هـ . وأما ديوان الخراج والجايات فبقى معمولاً به على ما كان عليه قبل الاسلام . ديوان العراق بالفارسية ، وديوان الشام بالرومية ، وكتاب الدواوين من أهل العهد من الفريقين ، ولما جاء عبد الملك بن مروان ، واستحال الأمر ملكاً ، وانتقل القوم من غضاضة البداوة الى رونق الحضارة ، ومن سذاجة الأمية الى حلق الكتابة ، وظهر في العرب ومواليهم مهرة من الكتاب والحساب أمر بنقل ديوان الشام الى العربية ، وكذلك أمر الحجاج بنقل ديوان العراق من الفارسية الى العربية » .

فمن هذا نرى أنه أنشأ دواوين مختلفة ، واحد للعالم ، وآخر للجند وثالث للحجاية والصرف ، ولم يحمله على ذلك التحقيق المصلحة التي لم تمنعه من العمل لها عدم وجود كتاب من المسلمين يصلحون لهذا الأمر ، فعين من غير المسلمين من أهل العهد من يعمل بلغته : فهو رضى الله عنه لم يتعصب لا لأهل دينه ولا للغته مادامت المصلحة تحتاج لغير المسلمين الذين يعملون بلغتهم ، فأين هذا مما يرفضه الجامعون من كل جديد باسم الدين الذي لا ذنب له في جمود هؤلاء ؟

(٤) ص ١٣٣ .

والديوان في الأصل هو الكتاب الذى يضبط فيه أسماء المستحقين ومقدار ما يستحقون وأوقات الصرف اليهم ، ثم أطلق على مجموع السجلات الخاصة بالعمل والمكان الذى يجلس فيه القائمون على هذه السجلات . راجع مقدمة ابن خلدون ، والادارة الاسلامية في عز العرب للأستاذ محمد كرد علي ، والسياسة الشرعية للأستاذ خلاف ، والسياسة الشرعية للأستاذ عبد المال عطوه .

ولما فتحت البلاد في عهده ووجد فيها عادة ضرب النقود أمر بضرب الدراهم ، وهو أول من ضربها في الاسلام وكان ذلك في سنة ١٨ هـ .

ولما احتاجوا الى التأريخ ووجد لغير المسلمين عادات فيه فعل مثلها وجعل الهجرة مبدأ لتأريخ المسلمين .

وكذلك طبق نظام الخراج ^(١) والجزية الذي كان يعمل به كسرى أنوشروان ملك فارس على أرضها وأهلها لما فتحها ، وأرسل عثمان بن حنيف لمسيح سواد العراق ، وجعل حذيفة بن اليمان مشرفاً عليه ، وأوصاهما ألا يضععا على الأرض ما لا تطيق ففعلا ^(٢) .

ومع اقرار ما أقروه من عاداتهم التي لا تتنافى مع مبادئ الاسلام رفضوا منها ما يخالف تعاليمه ، فرفضوا عاداتهم في الأعياد وغيرها .

الأئمة والعرف

وعلى منهجهم القويم سار الفقهاء والمجتهدون من بعدهم . لم يأنفوا من اقرار أنظمة وعادات كانت موجودة عند غيرهم من الأمم مادامت لا تتنافى مع الاسلام .

فهذا أبو حنيفة وأصحابه يذهبون الى أن الزرع اذا أصابته جائحة فأثقلت فان الخراج الموظف يسقط عنه ، وتلك عادة طبقها الأكاسرة في العراق أيام حكمهم ، فلقد كان كسرى يضع عن الزارع من الخراج بقدر ما يصيب زرعه من جائحة نزلت به كما جاء بالفتاوى الهندية .

(١) كلمة الخراج في الأصل اسم لما يفرض ابتداء على الأرض التي يقر عليها غير المسلمين ولذا سميت الأراضي الخراجية ، ثم أطلقت على كل ما يرد للدولة من أي مورد على سبيل التخليب ثم أطلق على النظام المالي من وارد ومصروف ، ومن هذا كتاب الخراج الذي كتبه أبو يوسف للرشد.

(٢) راجع فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٤ ص ٣٦٢ ، فقد نقل القصة بجميع رواياتها ووفق بين الروايات المختلفة فيها .

وفها عن الكردرى : المحمود من صنع الأكاسرة أن المزارع اذا أصاب زرعه آفة في عهدهم كانوا يضمنون له البئر والنفقة من الخزانة ، ويقولون الزارع شريكنا في الربح ، فكيف لا نشاركه في الخسارة ؟ ، والسلطان المسلم بهذا الخلق أولى .

كما صحح الحنفية الشروط التي تعارفها الناس مع ورود النهى عن بيع وشرط . معللن ذلك : بأن النهى لم يكن الا لأن الشرط في عقد البيع يقضى الى النزاع غالباً ، والعرف يقضى على ذلك النزاع .

والامام مالك قد خصص قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » بالعادة ، فاستثنى المرأة الشريفة التي تنضرر بالارضاع ، فقال : « انها لا ترضع ولدها » ، ولا ينافى هذا قول ابن العربي في تفسيره (١) : « ولما لك في الشريفة رأى خصص به الآية ، فقال : انها لا ترضع اذا كانت شريفة وهذا من باب المصلحة » . لا ينافيه ، لأن منشأ العادة المصلحة ، وهى دفع الأذى عن أمثال تلك المرأة ، فالخصص في الحقيقة هو المصلحة ، وفي الظاهر هو العادة الناشئة عن هذه المصلحة .

ولقد وجدت أبا عبد الله القرطبي في تفسير هذه الآية (٢) يقرر أنه عرف فيقول : « واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها واللفظ محتمل ، ثم قال : ولكن هو عليها في حال الزوجية ، وهو عرف يلزم اذ قد صار كالشرط الا أن تكون شريفة ذات تره فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط » .

ولقد أفنى محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة بجواز بيع النحل ودود الفز لما وجد الناس يتعاملون بهما . بيعاً وشراء بعد أن كان امامه يمنع ذلك ، لعدم ما ليهما قياساً على هوام الأرض والصفدع .

(١) أحكام القرآن ج ١ ص ٨٦

(٢) ج ٣ ص ١٦١

ولاهمية العرف عند محمد كان يذهب الى الصباغين ، ويسأل
عن معاملتهم وما يتواضعون عليه .

المقلدون والعرف

وهكذا روعى العرف في عصر الاجتهاد في الفقه الاسلامي على الطريقة
التي سنها رسول الله فيه ، فلما تكونت المذاهب الفقهية ، وصار لكل مذهب
حدود خاصة وأتباع يقللون به بقى اعتبار العرف ، بل انهم وضعوا له
الضوابط كما ضبطوا غيره ، فوضعت الشروط وبينت أنواعه ، وكتب
المذاهب المختلفة تفيض بذكر العرف تعقيداً وتفرعاً عليه .

واليك طائفة من تلك العبارات :

يقول القرافي في مختصر التنقيح (١) : تنبيه « ينقل عن مذهبن أن من خواصه
اعتبار العادات والمصلحة المرسله وسد الذرائع ، وليس كذلك . أما العرف
فمشارك بين المذاهب ، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها » .

وابن العربي في تفسير قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » يقول (٢) :
« المسألة الرابعة في تقدير الاتفاق ، قد بينا أنه ليس له تقدير شرعي ،
وانما أحاله الله سبحانه على العادة ، وهي دليل أصولي بني الله عليه الأحكام
وربط به الحلال والحرام »

والسرخسي من الحنفية يقول في مبسوطه (٣) : « إن الثابت بالعرف ثابت
بدليل شرعي ، ولأن في النزاع عن العادة الظاهرة حرجاً بينا » .

وابن عابدين في رسالته يقول : « الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي » .

(١) ص ٧٦

(٢) أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٧٠

(٣) ج ١٣ ص ١٤

وجاء في قواعدهم « العادة محكمة » ، « والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً »
« والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص » .

ولما للعرف من منزلة بين الأدلة التي تستند إليها الأحكام في الظاهر
شروطوا في المجتهد أن يكون عالماً بأعراف الناس .

يقول السرخسي في المبسوط (١) : « وأقرب ما قيل في حق المجتهد
أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومنزلتها
ووجوه معانيها ، وأن يكون مصيباً في القياس عالماً بعرف الناس » .

وابن عابدين في رسالته (٢) يصرح بمثل هذا فيقول : « ولهذا قالوا
من شروط الاجتهاد إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس »

تغير الأحكام بتغير العرف

وإذا كان العرف من الأدلة التي تبنى عليها الأحكام ، ويترك به القياس
ويخص به النصوص عند جبهة الفقهاء فيتبع ذلك لا محالة تغير الأحكام
التي بنيت عليه إذا ما تنبر العرف ، والباحث في كتب الفقه يجد كثيراً
من تلك الفروع .

من ذلك ما روى عن أبي حنيفة أنه كان يقول : إذا غضب إنسان ثوباً
وصبغه بلون أسود فللمالك أن يضمه نقبصانه ، وخالفه أصحابه فقالوا :
إن الملك غير بين أخذ الثوب وضمان الزيادة للغاصب ، فأبو حنيفة يرى
أن صبغه بالسواد ينقص قيمته ، وصاحبه ذهباً إلى أنه يزيد بها كصبغه
بأى لون آخر ، فهذا الاختلاف أرجعه الفقهاء إلى اختلاف العرف ،
فقد كان الصيغ بالسواد في عهد أبي حنيفة ينقص قيمة الثوب ، لأن بني أمية
ما كانوا يلبسون السواد ، فكان ملوماً ، والعباسيون كانوا يلبسون السواد
فكان ممدوحاً في عصرهم ، ومن هنا زادت قيمة الثوب بصبغه باللون الأسود

(١) ج ١٦ ص ٦٢

(٢) مجموعة الرسائل ج ٢ ص ١٢٥

ولقد كان المقرر بالنصوص عدم جواز أخذ الأجرة على الأذان وتعليم القرآن لما كان الناس يفعلون ذلك حسية لله تعالى ، ولما تغير الزمن وشحت النفوس بفعل الخير أفتى الفقهاء المتأخرون بجواز أخذ الأجر على ذلك وعلى تعليم العلم والأمانة وغيرها من الشعائر ، ولأن أبواب هذه الوظائف كانوا يرزقون من بيت المال ، فلم يكن ثمة حاجة الى أخذهم الأجر .

فلما تغيرت العادات وقطع رزق هؤلاء من بيت المال ، وجب لهم الأجر نظير هذا العمل والاماتوا جوعاً ، أوضاع القرآن والعلم بترك الناس التعليم (١) .

ومن ذلك قول صاحبين : انه لا يكتفى بظاهر العدالة في تعديل الشهود ، بل لابد من تركيبتهم . بأن يأتي شخص يثق فيه القاضي ، وله معرفة بأحوال الشاهد ، ويعلن أمام القاضي عدالته ، قالوا ذلك لظهور الفساد في زمنهما بعد أن كان الامام يكتفى بظاهر عدالتهم فيما عدا الحدود والقصاص لغلبة الصلاح في زمنه .

فقد اتفقوا على أن العدالة شرط ليضمن القاضي الى شهادتهم ، وقد كان ظاهر العدالة كافياً في زمنه لغلبة الصلاح ، فلما شاع الفساد أصبح هذا الظاهر غير محقق للمقصود ، فكان لابد من البحث عن العدالة واثباتها .

ومنه أيضاً تضمين الساعي مع مخالفته للقواعد من أن الضمان على المباشر دون المتسبب لفساد الزمان أيضاً .

(١) يقول الأتامي في شرح الحجة العدلية ج ١ ص ٧٦ : ان أخذ الأجر على هذه الأشياء يعطل بالضرورة - لا بالحاجة - ، ونقل عن رد المحتار بأنه قد اتفقت كلمتهم قاطبة على التعليل بالضرورة ، وهي غشية ضياع القرآن ، وتلك الأحكام الدينية . اذ متى الضرورة على فعل ما لا يرد منه للتخلص من عهدة العبد ولا يسمه الترك ، والحاجة مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع العبد تركه كالاكتصناع مثلا . ١٠١ .

وهكذا نجد كثيراً من الأحكام وبخاصة الأحكام الاجتهادية التي استنبطها الأئمة تغيرت تبعاً لتغير العادات وفساد الزمان ، ولم يكن ذلك بدعاً من هؤلاء بل هو أصل مقرر من صدر الاسلام .

فقد روى ابن سعد في طبقاته (١) في ترجمة شريح القاضي بسند الى أبي البختري أنه جاء الى شريح فقال له : ما الذي أحدثت في القضاء ؟ ، فقال : « ان الناس قد أحدثوا فأحدثت » .

وروى عن ابياس بن معاوية أنه قال : قيسوا القضاء ما صلح الناس فاذا فسد فاستحسنوا ، ثم قال ما وجدت القضاء الا ما يستحسن الناس .

وفي هذا يقول الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز : « تحدث الناس أقضية بقلر ما أحدثوا من الفجور » (٢) .

ولقد نقل تقرير هذا المبدأ في صراحة تامة عن كثير من العلماء في العصور المختلفة ، وصرح بعضهم بأن هذا التغيير لا يحتاج الى اجتهاد من الفقهاء المقلدين ، وأن الإبقاء على الحكم مع تغير العادة مخالف للإجماع .

فالقرافي المالكي يجيب في بعض كتبه (٣) عن سؤال موضوعه الأحكام المترتبة على العرف في المذاهب هل يبقى بها كما هي أم تتغير تبعاً لتغيره . فيقول : « ان جرى هذه الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد بخلاف الاجماع وجهالة في الدين ، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة الى ما تقتضيه العادة المتجددة ، وليس تجددياً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد ، بل هذه قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نقيعهم فيها من غير استئناف اجتهاد »

(١) ج ٦ ص ٩١

(٢) الفروق للقوانين ج ٤ ص ١٧٧

(٣) كتاب الأحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام ص ٦٨ في جواب السؤال التاسع والثلاثين .

ويقول في فروقه (١) في الفرق بين قاعدة العرف القولي والعرف العملي في صدد اعتبار العرف وتغيره : « فهما تجدد العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجدد على المسطور في الكتب طول عمره ، بل إذا جاءك رجل من غير أهل اقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك ، واسأله عن عرف بلده واجره عليه وافته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك ، فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين » .

وصاحب تهذيب الفروق (٢) في هذا الموضع يقول : « وإذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة رددنا به المبيع ، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به ، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه بينهم نعم قد يقع الخلاف بينهم في تحقيقه هل وجد أم لا ؟ »

وابن القيم في بحث تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنباتات والعوائد يقول (٣) : « هذا فضل عظيم النفع جداً وقد وقع

(١) ج ١ ص ١٧٦ وما بعدها .

(٢) ج ١ ص ١٩١

(٣) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٧ ، وقد توسع ابن القيم في هذا الباب فذكر أمثلة للأحكام التي تتغير بتغير العرف ، عد منها الأصناف التي تخرج منها زكاة الفطر فيقول : ان رسول الله حينما فرضها صاعاً من تمر أو شير أو زبيب أو صاعاً من اقل كانت هي غالب اقواتهم بالمدينة . فاذا وجد أهل بلد قوتهم من غير هذه الأصناف وجب عليهم صاع من قوتهم ، ولو كان قوتهم من غير الحبوب كالبن والقم والسملك أخرجوا فطرهم من قوتهم كائناً ما كان . اذ المقصود سد خلة المساكين في هذا اليوم . لقول الرسول : « أغنؤهم في هذا اليوم عن المسألة » . وتدرج من ذلك الى جواز اخراج الأطعمة المصنعة للعيد من اعتاد اتخاذ الأطعمة قال : ونص الشارع على هذه الأنواع لأنهم لم يعتادوا اتخاذ أطعمة خاصة يوم العيد ، بل كان قوتهم فيه كقوتهم في سائر الأيام ... وتكلم كذلك على حديث إيجاب رد صاع من تمر بدل لبن المصرة عند ردها بأن بعض الفقهاء جملة حكمها عاماً في جميع البلدان ، فيرد صاعاً منه ان وجد والا رد قيمة صاع من التمر وبعضهم لم يجعله عاماً ، بل أوجب رد صاع من قوت البلد الغالب قبحا كان أو شيراً أو ذرة واختار هذا ، وقال : انه الأقرب الى مقصود الشارع ومصلحة المتعاقدين من إيجاب قيمة صاع من التمر في موضعه .

بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب الحرج والمشقة وتكليف
مالا سبيل اليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى مراتب المصالح
لا تأتي به .

وابن عابدين الحنفى في رسالته نشر العرف يقول : « كثير من الأحكام
تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد
أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر
بالناس ، وتختلف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع
الضرر والفساد ، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المذهب
في مواضع كثيرة بنها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم
لقال بما قالوا به أخطأ من قواعد مذهبه .

وعلى ذلك يجب مراعاة العرف في الأحكام التابعة له ، فكلما تغير
غيرنا الحكم تبعاً له ، والا وصلنا الى أمر في غاية القبح .

فمثلاً نجد الشاطبي في موافقاته (١) يقرر حسب زمنه أن كشف الرأس
للرجال قبيح للنوى المروءات في البلاد المشرقية ، فيكون قادحاً في العدالة ،
وفي البلاد المغربية غير قبيح فلا يقدح فيها .

والآن قد تغيرت العادة في بلادنا وأصبح كشف الرأس عادة لا قبح
فيها ، فهل يبقى الحكم الأول ونجعله قادحاً في العدالة ، فنرد شهادة كل من
كشف رأسه ١١٩

هذا هو حظ العرف في فقه الاسلام من جهة بناء الأحكام عليه ،
فيبقى على انشاء أحكام لحوادث ليس فيها نص ، وإذا تعارض مع النص
خصصه ، كما يترك به القياس ، وأن الأحكام المبنية عليه تتغير تبعاً لتغيره ،
وأن منشأ دلالاته ليس مجرد كونه أمراً متعارفاً ، بل ما أنبأ عنه من المصلحة

(١) ج ٢ ص ٢٨٤

وحينئذ لا نرى معنى لاشتراط عمومه عموماً شاملاً، لأن المصلحة يعمل بها سواء أكانت عامة في البلدان كلها أم في بلد معين ، ولهذا قيل في القواعد « العادة محكمة عامة كانت أو خاصة » .

العرف المخالف للنص من كل وجه

أما العرف الذي يخالف النصوص الشرعية من كل وجه فانه يكون عرفاً فاسداً ، ولذلك نجد هذه الأعراف كلها منكرات ، كتعارفهم على شرب الخمر ، والتعامل بالربا ، وما يجري في المآثم والأفراح والموالد من مفاسد . وما اعتادوه في أزيائهم مما كان مبعثه مجرد التقليد الأعمى أو تحقيق شهوة .

مرتبة العرف بين الأدلة

وإذا كان العرف يرجع في غالب صوره الى المصلحة التي دعت اليها الحاجة فتكون مرتبته بين الأدلة مرتبة المصلحة ، وهي قد تكون مرسلة أى لا تعارض دليلاً من الأدلة الشرعية ، وقد تكون معارضة لدليل آخر ، فان كان قياساً قدمت عليه لأنها مصلحة محققة ، ومصلحة القياس محتملة وان كان نصاً . فان كانت المعارضة كلية ألغيت ، وان كانت جزئية خصص النص بها ، فيعمل بها في موضع التعارض ، ويعمل بالنص فيما عدا هذا الموضع وإعمال الدليلين ما أمكن أولى من ابطال أحدهما .

ولاشك في أن هذه المصلحة التي دعت اليها الحاجة العامة أو الخاصة دليل من الأدلة التي يستند اليها في اثبات الأحكام ، وهي ليست مجرد رأى ، بل حجيتها ثابتة بالنصوص الكثيرة النافية للجرج ، والداعية الى التيسير وعدم التصير .

وهنا يثور التساؤل عن الفرق بين النوعين العرف المعارض للنص معارضة كلية ، والمعارض معارضة جزئية حيث حكم بفساد الأول واعتبر الثاني صحيحاً مع اتفاقهما في المخالفة للنصوص .

وجوابنا على ذلك : ان المعارضة الكلية فيها إلغاء النص وإبطال لعمله ، وهو قريب من النسخ ان لم يكن عينه ، فلو صححنا العمل بهذا النوع من العرف لأدى الى النسخ ، ولا نسخ بعد عصر الرسالة بالاجماع ، أما المعارضة الجزئية فهي لا تلغى النص ولا تبطله ، بل يبقى العمل به فيها علدا موضع العرف ، فلا يكون العمل بالعرف في هذه الحالة نسخاً ، وأقصى ما فيه أن يكون تخصيصاً ، والتخصيص مشروع وباق بعد عصر الرسالة ، فكما كان التخصيص في عصر الوحي بالنص يكون بعده بالقياس والمصلحة والاستحسان ، وهي أنواع من الاجتهاد المأذون فيها الى قيام الساعة ، وعندئذ يكون العرف المخصص عملاً مشروعاً ، والعرف الناسخ غير مشروع^(١) فافترقا .

وما العرف المخصص الاعلمية استثناء بعض أفراد النص العام وإخراجها من حكمه ، فيدخل تحت مبدأ الاستثناء المقرر صراحة في القرآن كما سيأتى توضيحه فيها بعد .

النصوص التي يقوى العرف على تخصيصها

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن العرف لا يخصص الا النصوص الظنية ، أما القطعية فلا يقوى على تخصيصها ، لأن التخصيص فرع التعارض ، والتعارض يستلزم التساوى ، والعرف على أى صورة وقع لا يرقى الى مرتبة النصوص القطعية حتى يعارضها فيخصصها^(٢) .

(١) والمقرر في القوانين الوضعية أن العرف لا يلغى للتشريع مهما كان . لأن الائنة لا يملك الا من ملك الاصدار أو من هو أعلى منه . فالقاعدة القانونية لا يلغىها الا قاعدة قانونية مثلها تكون صادرة من نفس المصدر الذى أصدر الأول أو مصدر رسمى آخر أعلى من ذلك المصدر ، المدخل للدكتور كير .

(٢) قد يقال : اذا كان مرد العرف الى المصلحة فانه يقوى على المعارضة فيها اذا كانت للمصلحة التى نشأ عنها ضرورية . والجواب أن التخصيص في هذه الحالة ليس بالعرف ولا بالمصلحة وانما هو بديل قطعى ورد في القرآن "الا ما اضطررتم اليه" وما في معناها من الآيات .

وأنت اذا استقرأت النصوص التي خصصت بالعرف في عهد الرسول أو بعده وجلستها كلها نصوصاً ظنية، لأنها أحاديث ثبتت بطريق الظن لا بطريق القطع فوق أن دلالتها قد تكون ظنية لاحتمالها لأكثر من معنى .

والآية التي روى عن الامام مالك أنه خصصها بالعرف ، وهي آية "والوالدات يرضعن أولادهن" وان كانت قطعية الثبوت الا أنها ظنية الدلالة ، لأنها تحتمل معنيين ، كما يقول القرطبي في تفسيره ، وابن العربي في أحكام القرآن وعبرة القرطبي (١) « واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأُم أم هو حق عليها ، واللفظ محتمل ، لأنه لو أراد التصريح بكونه عليها لقال « وعلى الوالدات رضاع أولادهن » كما قال تعالى " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن " ، ولكن هو عليها في حال الزوجية ، وهو عرف يلزم ، اذ قد صار كالشرط الا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط » .

مدى سلطان العرف

هذا وعمل العرف باعتبار موضوعه يتبع قلة النصوص وكثرتها ، فكلما كثرت النصوص ضاقت دائرة العرف ، فاذا قلت اتسعت دائرته ولذلك نجد الفقهاء يجعلون عمله في المعاملات التجارية التي تتجدد وتتنوع على مر الزمن أكثر من غيرها .

فاذا كان رجال القانون صرحوا بأن سلطان العرف في القانون التجاري أوسع من بقية الفروع فهو كذلك في فقه الاسلام ، حتى صار من قواعدهم المشهورة « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » يريدون بها أن ما يقع بين التجار من المعاملات التجارية أو بين غيرهم من العقود والمعاملات التي هي من نوع التجارة ينصرف عند الاطلاق الى العرف والعادة (٢)

(١) ج ٣ ص ١٦١

(٢) راجع المجلة المدلية بشرح الاتامي ج ١ ص ١٠١

العرف وتطبيق الأحكام

وللعرف عمل آخر لا يقل في أهميته عن بناء الأحكام عليه ابتداء ، وهو تحكيمه في تطبيق الأحكام المطلقة التي تختلف باختلاف البيئات والأزمان فهذه الأحكام يفسرها العرف .

من ذلك أن الله أوجب نفقة الزوجات بقوله تعالى "لينفق ذو سعة من سعته" ، فالآية أوجبت هذه النفقة بقدر الوسع ، ولم تبين مقدارها ، فقدرها بعض الفقهاء ، وتركها آخرون للعرف . يقول ابن قدامة الحنبلي (١) في شأن نفقة الزوجة : « ولأن الشرع ورد بالانفاق مطلقاً من غير تقييد ولا تقدير ، فوجب أن يرد الى العرف كما في القبض والاحراز » .

ونستطيع أن نقول : ان الذين قدروها لم يجاوزوا العرف ، لأنهم راعوا عرف زمانهم في تقديرها .

ومنه أن الله شرع الشهادة ، وجعل العدالة شرطاً في قبولها ، «وأشهدوا ذوى عدل منكم» ، والعدالة كما يقول البرخسي في مبسوطه (٢) : « هي الاستقامة وليس لكاملها نهاية فانه يعتبر منه القدر الممكن ، وهو انزجاره عما يعتقده حراماً في دينه » ، أو « أن يكون المرء مجتنباً للكبائر ولا يكون مصرّاً على الصغائر ويكون صلاحه أكثر من فسادِه وصوابه أكثر من خطئه » . كما نقله الزيلعي (٣) عن أبي يوسف ، أو « هي اجتناب الكبائر والاصرار على الصغائر وما يخل بالمرءة » كما يقول ابن نجيم (٤) .

ومع اختلافهم في تعريفها فقد اتفقوا على أنها تسقط بفعل ما يخل بالمرءة (٥) . وهو أمر يشين الانسان ويدل على حقارة نفسه عند أهل الفضل من الناس .

(١) المغني ج ٧ ص ٥٦٦

(٢) ج ١٦ ص ١١٣

(٣) تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٢٥

(٤) البحر ج ٧ ص ١٠٠

(٥) يقول ابن نجيم في الموضع السابق : المرءة هي أن لا يأتي الانسان ما يخل به من شأنه مما يبيخه عن مرتبته عند أهل الفضل . فترك المرءة أو فعل ما يخل بها تسقط العدالة .

وما يخل بالمرودة قد يكون أمراً ثابتاً لا يتبدل ، وقد يكون أمراً متغيراً
يختلف باختلاف الأزمان والبيئات كمتاعى الحرف الدينية ، وكشف الرأس
للرجال والأكل فى الطرقات ، وما شاكل ذلك ، ففى هذا النوع المتغير
يرجع الى العرف ليبين منه ما يخل بالمرودة المسقط للعدالة الذى ترد به الشهادة .

ومنه التعزير على المنكرات المتروكة لولاة الأمر تقديره ، فانه يختلف
باختلاف البيئات والأزمان ، فرب فعل يعتبر تعزيراً فى مكان دون آخر ،
أو عند بعض الناس دون غيرهم ، فالكلمة الشديدة تؤلم الكريم ولا أثر
لها فى نفس اللئيم .

ولما أوجب الشارع قطع اليد فى سرقة المال من حرزه لم يبين حد الحرز
بل وكله الى عرف الناس ، لأنه يختلف باختلاف الأموال ، فحرز النقود
غير حرز الثياب ، وهما غير حرز الحيوان والحيوب ، ومثله فى ذلك الحرز
الذى تحفظ فيه الوديعة ، حتى لو وضعها فى غير حرزها المتعارف . وضاعت
ضمنها لاهماله فى حفظها .

ومن ذلك أيضاً أن الشارع أثبت الخيار للمشتري اذا وجد بالمبيع عيباً ،
ولما كان هذا العيب يختلف باختلاف أنظار الناس لاختلاف رغباتهم ،
كما يختلف باختلاف أثره فى الشيء وقيمه وكله جمهور الفقهاء الى العرف ،
حتى عرفوه . بأنه نقيصة موجبة لنقص قيمة الشيء فى عرف أهله الذين لم
خبرة فيه سواء أكانوا تجاراً أم صناعاً .

فالعيب فى الشيء الذى يتاجر فيه يرجع الى تجار هذا الصنف لمعرفة
عيوبه ، والعيب فى الصنعة يرجع فيه الى أهل الخبرة فى هذه الصنعة ،
فلا يرجع الى التجارين فى عيب الصياغة مثلاً ولا العكس . فابن المهام
فى فتح القدير (١) يقول : والمرجع فى كونه عيباً أولاً لأهل الخبرة بذلك
وهم التجار أو أرباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات . وبهذا قالت
الأئمة الثلاثة (٢) .

(١) ج ٥ ص ١٥٢

(٢) راجع للحنفية فتح القدير فى الموضع السابق ، والمنايا ، والبحر ج ٦ ص ٤١ وما بعدها ،
وجميع الأنهر بشرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٤١ ، والمالكية الشرح الكبير ج ٤ ص ٨٥ ، وبداية
المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٥٢ ، والمنايعة المفتى لابن قدامة ج ٤ ص ١٥٢ . والفقهاء على المذاهب
الأربعة ج ٢ ص ٢٤٨

وأكثر من ذلك أن المالكية في خيار الشرط - الذي ورد النص به وحدد مدته بثلاثة أيام في حديث حبان بن منقذ - يذهبون الى أن العرف هو المحدد لمدته ، وهي تختلف باختلاف السلع فلا تنقيد بثلاثة أيام ولا غيرها قالوا : لأنه مشروع للروى ، حتى سمي خيار الروى ، وهو يختلف عادة باختلاف السلع فقوض الى العرف (١) .

ومن ذلك أن رسول الله علق ملكية الأرض الموات على احيائها في حديث « من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له » ، لكنه لم يبين بم يتحقق الاحياء فاختلف الفقهاء في بيانه . فالحنابلة فوضوا بيانه الى العرف ، فإيعده العرف احياء يكون مفيدا للتملك ، والفقهاء الذين حددوا للاحياء أفعالا خاصة لم يخرجوا عن ذلك - على التحقيق - لأن تحديدهم لم يكن بنص روى لهم بل اتبعوا فيه عرف زمنهم .

وفقهاء الشافعية حينما اعتبروا خيار المجلس وأن التفرق يبطل له فوضوا معرفة التفرق الى العرف ، فإيعده العرف تفرقاً يبطل به الخيار .

وفي بطون كتب الفقه في المذاهب المختلفة كثير من تلك الأحكام المطلقة المفوضة الى العرف مما اتفق عليه الفقهاء أو اختلفوا فيه .

ومما يلاحظ هنا أن هذا النوع من العرف لا ينكره أحد من الفقهاء ، فهم متفقون عليه كبداً ، واختلافهم في بعض الجزئيات يرجع الى الاختلاف فيها أمى مطلقة لم تبين ف يرجع الى العرف في بيانها ، أم ورد فيها بيان فليست من الاطلاق في شيء ؟

وأما النوع الأول فهو موضع خلاف بين الفقهاء ، فهم من اعترف به ، ومنهم من أنكره ، أو على الأقل أنكر منه ما يعارض النصوص

(١) راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٢ ، وشرح النفاوى على الرسالة ج ٢ ص ٢٥١

على الوجه الذى بيناه من قبل ، وبخاصة بعد أن رجعت دلالة العرف الى المصلحة التى نشأ عنها ، والمصلحة لم يتفق الفقهاء على العمل بها ، أو على مدى دلالتها .

العرف وتفسير النصوص

وبعد هذا وذاك نجد للعرف أثراً كبيراً فى تفسير النصوص . سواء أكانت من الشارع أم من غيره ، فالأعراف الموجودة حين نزول الوحي تحمل عليها الألفاظ التى لم يرد عن الشارع تفسير صريح لها .

يقول الإمام الشاطبى فى موافقاته (١): « لا بد لمن أراد الخوض فى علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب فى أقوالها وأفعالها ومجارى عاداتها حالة التنزيل من عند الله والبيان من رسوله ، لأن الجهل بها موقع فى الاشكالات التى يتعذر الخروج منها الا بهذه المعرفة » .

وقرر الفقهاء أن صيغ العقود والعبارات المنشئة للتصرفات يرجع فى تفسيرها الى العرف .

جاء فى قواعدهم « مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف الى المتعارف » .

ومن هنا قالوا : « ان الأمان تبني على العرف » . فلو حلف لا يدخل بيتاً لا يحنث بدخول الكعبة أو المسجد مع أن الله سمي الكعبة بيتاً فى قوله تعالى « ان أول بيت وضع للناس للذى ببكة مباركاً » (٢) ، والمساجد بيوتاً فى قوله « فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه » (٣) .

ولو حلف لا يأكل خبزاً وكان معتاد بلده أكل خبز القمح فلا يحنث بأكل خبز غيره من النرة والشعير والأرز ، ولو حلف لا يجلس تحت سقف لا يحنث بجلوسه فى العراء تحت السماء وان سماها الله سقفاً « وجعلنا

(١) ج ٣ ص ١٥١

(٢) آل عمران - ٩٦

(٣) النور - ٣٦

السماء سقفاً محفوظاً" (١)، ولو حلف لا يجلس على بساط وجلس على الأرض لا يحنث مع قوله تعالى "والله جعل لكم الأرض بساطاً" (٢) ولو حلف لا يأكل لحماً لا يحنث بأكل السمك وإن سماه الله في القرآن لحماً . "وهو الذي يخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً" (٣) . ومثل ذلك كثير في كتب الفقه .

العرف والرجيح

والعرف من وراء ذلك كله يعتبر قرينة مرجحة عند التنازع في الحقوق .

فاذا اختلف الزوج وزوجته في متاع البيت ، ولا بينة لواحد منهما حكم العرف ، فما يقضى بكونه من اختصاص الرجل يحكم له به بعد يمينه ، وما يقضى بكونه من اختصاص المرأة يحكم لها به مع اليمين الا اذا كان أحدهما له تجارة أو صنعة فيها يصلح للآخر .

واذا اختلف الأب وابنته فيما ساقه من متاع الى بيت زوجها ، فقال الأب هو عارية وطالب برده ، وقالت : هوبة وامتنعت عن الرد حكم العرف بينهما ، فاذا اعتاد الناس الهبة قبل قولها ، وإن اعتادوا الاعارة حكم للأب بالرد .

كما قرر الفقهاء أن العرف يقضى على الدعوى من أساسها فلا تسمع اذا كانت مخالفة له .

فلو ادعى فقير محتاج بائس على رجل من أهل اليسار أنه اقترض منه مبلغاً كبيراً من المال لا تسمع هذه الدعوى لخالفها للعرف .

(١) الأنبياء - ٣٢

(٢) فوج - ١٩

(٣) النمل - ١٤

وعلى هذا منعوا مماع الدعوى اذا تركها صاحبها مدة طويلة بدون عذر ، لأن العرف يكذبه ، اذ العادة جرت بأن الانسان لا يسكت عن المطالبة بحقه مدة طويلة مع تمكنه منها (١) .

هذا هو عمل العرف في الاسلام . انشاء وتفسير ، وتطبيق وترجيح لم يقف وراء أسوار النصوص ، بل دخلها أو أدخلها ليعمل معها بقدر ما أعطى من سلطان ، فهو يعتبر - بحق - نافذة من نوافذ الفقه الاسلامى التى يطل منها على حياة الناس الواقعية ، فيسلط عليها الأضواء لتبهر الطريق للسائرين كيلا تلتوى بهم السيل ، ولتميز الخبيث من الطيب ، فاذا ما انكشفت الحقائق أقر منها الصالح النافع وألقى الفاسد الضار .

طبيعة الفقه الاسلامى وأثر مصادره فى تحقيق واقعيته

تلك هى أهم الشبه التى أثرت حول واقعية الفقه الاسلامى ، والتى حجبت عن أعين المقلدين للفقهاء الغربيين وغيرهم من المستشرقين ما فى هذا الفقه من نور وضياء حيناً من الدهر . ناقشناها فى هدوء ، وبينما ما انطوت عليه من زيف وبعد عن الحقيقة ، وبهذا نكون قد انتهينا من القسم الأول من البحث فننتقل الى القسم الثانى منه لتثبت واقعيته من واقع مصادره التى يستند اليها وطريقة تكوينه .

من الناس من يظن أن الفقه الاسلامى مجرد أوامر محددة ، ونواه معددة بانيا ظنه هذا على أنه تشريع جاء لأمة بدائية بعيدة عن الرقى ، فى أرض صحراوية لا حظ لها من المدنية ، وفى فترة معينة من الزمن مضى عليها القرون الطويلة ، وأتى لثل هذا الفقه أن يساير الزمن ، أو يلائم تطور المدنية ؟ مع أن المشاهد المحسوس يدل فى صراحة على أن اختلاف التشريع فى الأمم يتبع اختلاف الحياة الاجتماعية والرقى فيها ، فكلما صعدت أمة درجة من درجات الرقى ارتقى التشريع معها بما يوازى هذا الرقى .

(١) الطرق الحكيمة لابن القيم .

وهذا ظن خاطيء لا يغنى من الحق شيئاً ، بل هو وهم جاء وليد
نظرتهم التاريخية لهذا الفقه ، فالمؤرخ كما يربط بين الحوادث وأزمانها
ثم يصدر حكمه عليها ، كذلك يجعل حكمه على القانون مرتبطاً بالزمن
الذى وجد فيه ، والحياة الاجتماعية التى عاصرها ، فيجعل من رقى الأمة
رقياً لقانونها ، ومن تأخرها وانحطاطها تأخراً له وانحطاطاً .

وهى نظرة خاطئة كما صرح بذلك الدكتور السهورى فى بعض مقالاته
حيث يقول :

” اذا كان بعض المستشرقين خيل اليه أن مبادئ الشريعة
الاسلامية جامدة لا تتطور فذلك يرجع الى أن هؤلاء
المستشرقين ليسوا من رجال القانون ، فهم ينظرون اليها نظرة
المؤرخ لا نظرة الفقيه والا فان رجال القانون ممن درسوا
الشريعة الاسلامية يختلفون مع هؤلاء المستشرقين فى نظرتهم لها“ .

وتلك — لعمري — مقالة صدق ما كانت تصدر من أستاذ القانون
لولا أنه درس الفقه الاسلامى دراسة عميقة عن رغبة دافعة ، ووازن بينه
وبين القوانين الزاحفة علينا من الغرب ، وخرج من تلك المقارنة بالاشادة
بما فى فقه الاسلام من مزايا عديدة — فى مناسبات مختلفة — قل أن يوجد
بعضها فى أرق القوانين الأجنبية .

فالدراسة والمقارنة بغير تعصب يسلمان دائماً الى الاعتراف بتفوق
الفقه الاسلامى على غيره . ولعل من أقرب الشواهد على ذلك ما نقل
عن الأستاذ « لامبير » القانونى الفرنسى فى غير موضع من كتبه من اعترافات
بما فى الفقه الاسلامى من ذخائر يحتاج اليها المقنن والقانون ، واعجابه البالغ
بما فى المذاهب الاسلامية من نظريات ، حتى قيل : انه هو الذى لفت
نظر رجال القانون ودارسيه فى مصر الى ذلك حينما كان أستاذاً للقانون
فى جامعتنا .

وهذا رجل آخر من رجال القانون الانجليز - وهو المستر ولز - يعترف بأن الشريعة الاسلامية هي الشريعة التي تساير المدنية أنى سارت يعترف بذلك بعد دراسة واسعة لها في مصدرها الأول وهو القرآن . فيقول (١) : « كل شريعة لا تسير مع المدنية في كل طور من أطوارها فاضرب بها عرض الحائط ولا تبالى بها ، لأن الشريعة التي لا تسير مع المدنية جنباً الى جنب لم ي شر مستطير على أصحابها تجرهم الى الهلاك وأن الشريعة التي وجدتها تسير مع المدنية أنى سارت هي الشريعة الاسلامية ، واذا أراد انسان أن يعرف شيئاً من هذا فليقرأ القرآن وما فيه من نظريات علمية ، وقوانين وأنظمة لربط المجتمع فهو كتاب ديني علمي اجتماعي تهذيبي خلقي تاريخي ، وكثير من أنظمتة وقوانينه تستعمل حتى في وقتنا الحالى ، وستبقى مستعملة حتى قيام الساعة ، وهل في استطاعة انسان أن يأتي بدور من الأدوار كانت فيه الشريعة الاسلامية مغايرة للمدينة والتقدم » .

ولم يقتصر الأمر على رجال القانون ، بل تعداه الى الكتاب والمفكرين فاعترفوا بتطور هذه الشريعة نذكر منهم الكاتب الفرنسى « پير لوتى » اذ يقول (٢) :

« عندنا نحن الأوروبيين يعتبر من الحقائق الثابتة أن الاسلام هو دين من أديان الظلام الفكرى التي تحول بين معتنقيها والنور ، وهو يجلب الركود الى الشعوب ، ويضع أمامها العقبات في سيرها نحو ذلك المجهول الذى ندعوه « بالتقدم » وهذا يدل - قبل كل شئ - على الجهل المطلق بتعاليم النبي ، وفوق ذلك هو نسيان مبدل لشهادة التاريخ ، لأن الاسلام منذ القرن الأول قد جعل يتطور ويتقدم مع الأجناس المتباينة ، ونحن نعرف أى صعود سريع ذلك الذى منح الناس آياه اiban حكم الخلفاء الأولين » .

(١) مقال للأستاذ محرم فهم منشور بمجلة المحاماة الشرعية العدد العاشر من السنة الخامسة عشرة .

(٢) نقلناه من كتاب « هذا هو الاسلام » للدكتور محمد غلاب ص ٣١

ولقد عقد البعثة الأمريكي « هوكنج » أستاذ الفلسفة بجامعة هارفرد فصلاً مستفيضاً عن مصير الثقافة الإسلامية في كتابه « روح السياسة العالمية » (١) جاء فيه : « أن سبيل تقدم الممالك الإسلامية ليس في اتخاذ الأساليب الغربية التي تدعى أن الدين ليس له أن يقول شيئاً عن حياة الفرد اليومية وعن القانون والنظم السأوية ، وإنما يجب أن يجد المرء في الدين مصدراً للنمو والتقدم ، وأحياناً يتساءل البعض عما إذا كان نظام الإسلام يستطيع توليد أفكار جديدة ، وإصدار أحكام مستقلة تتفق وما تتطلبه الحياة العصرية ، فالجواب عن هذه المسألة هو أن في نظام الإسلام كل استعداد داخلي للنمو ، لا بل إنه من حيث قابليته للتطور يفضل كثيراً من النظم المماثلة ، والصعوبة لم تكن في انعدام وسائل النمو والنهضة في الشرع الإسلامي ، وإنما في انعدام الميل إلى استخدامها ، وإلى أشعر بكوني على حق حين أقرر أن الشريعة الإسلامية تحتوى بوفرة على جميع المبادئ اللازمة للنهوض » .

ويقول الدكتور « أريكو أنسابا توجين » في كتابه « الإسلام وسياسة الخلفاء » (٢) : « إن الإسلام يتمشى مع مقتضيات الحاجات الظاهرة ، فهو يستطيع أن يتطور دون أن يتضاءل في خلال القرون ، ويبقى محتفظاً بكامل ما له من قوة الحياة والمرونة : فهو الذي أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتاً وشرعية تفوق في كثير من تفاصيلها الشرائع الأوروبية » .

هذه بعض شهادات فقهاء القانون والمفكرين لم نسقها لتثبت بها صلاحية الفقه الإسلامي وملاءمته للواقع ، بل سقناها لندكر بها جماعة المقلدين ، فلا يزال عندنا طائفة ممن ينتسبون إلى القانون لا يعترفون إلا بما يعترف به الأجنبي .

(١) ، (٢) عن كتاب روح التشريع الإسلامي للأستاذ عفيف طياره ص ٢٥٦

ولأن هذا الفقه يحمل معه شهادة الملاءمة والواقعية من وجوه عديدة . منها

• (أولاً) انه عبارة عن مجموعة الأحكام العملية المأخوذة من كتاب الله وسنة رسوله صراحة أو استنباطاً منهما ، أو بواسطة القياس على ما فيها ، أو استناداً إلى المبادئ والقواعد العامة التي جاءت بها تلك النصوص فهو في أغلب مسائله فهم بمن الله به على من يشاء من عباده المشتغلين بما جاء به الرسول الكريم من وحى السماء ، كما تدل عليه نفس كلمة فقه ، فإنها في أصل وضعها تدل على الفهم .

تراث خالد تكون على مر السنين ، وضع الفقهاء من أصحاب رسول الله ومن جاء بعدهم من المجتهدين لبناته على الأسس القويمة التي كملت في فترة نزول الوحي "اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً" (١) ، فقه يدور في فلك الرسالة التي جعلها الله رحمة للناس "وما أرسلناك الا رحمة للعالمين" (٢) لجدير بأن يظل رحمة للناس .

(وثانياً) ان هذا الفقه جزء من الشريعة الاسلامية ، وهي الشريعة التي ارتضاها الله للناس جميعاً "إن الدين عند الله الاسلام" (٣) "ومن يتنغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه" (٤)

وهي شريعته الى الناس كافة لا تخص قوماً دون آخرين "وما أرسلناك الا كافة للناس بشيراً ونذيراً ولكن أكثر الناس لا يعلمون" (٥) "وأرسلناك للناس رسولا وكفى بالله شهيداً" (٦) ، "قل يا أيها الناس إني رسول الله اليكم جميعاً الذي له ملك السموات والأرض" (٧)

(١) المائدة - ٣

(٢) الأنبياء - ١٠٧

(٣) آل عمران - ١٩

(٤) آل عمران - ٨٥

(٥) سبأ - ٢٨

(٦) النساء - ٧٩

(٧) الاعراف - ١٥٨

أُتِرَ لها الله على خاتم الرسل والنبين "ما كان محمد أباً أحَد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وكان الله بكل شيء علياً" (١)، ثم هي رحمة الله الى خلقه "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين".

وبعد ذلك كله هي الشريعة التي تكفل الله بحفظ أصل أصولها ، وهو القرآن "إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون" (٢)

فشريعة عامة ، ولم يكن قبلها الا شرائع خاصة ، لم يحدد لها وقت ، وكل ما سبقها من شرائع كانت موقوتة ، ختم بها الرسالات ، فليس بعدها رسالة ، تكفل الله بحفظها فبقيت محفوظة عبر القرون الطويلة التي مضت من عمرها ، ولم يتكفل بحفظ غيرها من الشرائع السابقة ، فكثُر فيها التحريف والتبديل ، فلم كل هذا ١٩

أليس ذلك من أوضح الأدلة على أن هذه الشريعة صالحة للعمل (٣) بها الى قيام الساعة ، حتى يرث الله الأرض ومن عليها ، وحاش لله أن يشرع

(١) الأحزاب - ٤٠

(٢) الحجر - ٩

(٣) وزيدك أيها القارئ ايضاحاً فنقول : جرت سنة الله في ارسال الرسل أن يؤيدهم بالمعجزات ، وهي أمور خارقة للعادة ليست في متناول البشر ، وكانت معجزات الرسل السابقين أموراً حسية يشاهدها من كان موجوداً في زمنها ، وأما محمد خاتم الرسل فقد أيداه الله بمعجزة من نوع آخر ، أيداه بالقرآن ، تنحى به العرب فعجزوا ، حتى سجل القرآن نفسه عليهم المعجز الدائم المستمر ، وإذا عجز العرب وهم أهل القصة والبلاغة كان غيرهم أشد عجزاً منهم .

وعجزهم دليل قاطع على أنه ليس من كلام البشر ، وبه ثبتت رسالته صلى الله عليه وسلم ، ولكن اعجاز القرآن لم يكن من جهة الحس حتى يكون قاصراً في الزامه لمن كان موجوداً في عصر نزوله ، بل اعجازه من جهة العقل ، وهو لا يقتصر على وقت خاص ، فاذا أضفنا الى هذا تكفل الله بحفظه كان ذلك دليلاً على أن الله أراد بقاء اعجازه ، وبقاء الاعجاز دليل على بقاء الرسالة .

فهذه الرسالة باقية ما بقي اعجاز القرآن ، واعجاز القرآن باق ما بقي القرآن ، والقرآن موجود لم يدخله تبديل ولا تشويه ، فالرسالة باقية ، وفي بقاء الرسالة بقاء للشريعة ، والله لا يشرع لعباده ما يتناقض مع مصالحهم ، فالنتيجة أن هذه الشريعة ملائمة للناس في كل وقت، وملائمة

لعباده - وهو العليم الخبير بأحوالهم - ما لا يتلاءم معهم ، أو يتركهم
من غير تشريع فترة من الزمن مع قوله الصريح : " وما كنا معذبين حتى ننبعث
رسولاً " (١) .

== مرتبطة ارتباطاً كلياً ببقاء القرآن كما هو محفوظاً عن التبديل والتحريف ، وأن رسالة محمد
خاتمة الرسالات .

ومن هنا جاء تشكيل المفرضين في الأمرين ، فشكك بعض المستشرقين في بقاء القرآن كما أنزل
فزعوا أنه غير وبلي ، ودخله الحذف والزيادة .

ولقد كلفنا ثمر هؤلاء رد المنصفين منهم ، فقد اعترفوا بالحقيقة ، بل أثبتوها بأدلة منطقية
لا تقبل التشكيك ، وقالوا في صراحة : أن هذا القرآن المقروء المكون في المصاحف الآن هو الذي
نزل به الوحي على محمد .

نقل ذلك الدكتور " محمد حسين هيكل " في مقدمة الطبعة الثانية لكتابه " حياة محمد " ص ٣١
وما بعدها عن المستشرق الانجليزي " السير وليم مور " في كتابه حياة محمد .

وشكك آخرون في أن رسالة محمد خاتمة الرسالات فقالوا : أن القرآن أخير بأنه خاتم
النبئين ، ولم يوجد دليل يدل على أنه خاتم الرسل ، فن أين نجزم بأنه لا رسالة بعده ؟

وهذا بين الفساد ، لأن نبي النبوة بعده يستلزم نبي الرسالة بعد رسالته ، فافه وصفه بأنه نبي
ورسول في غير آية " الذين يقيمون الرسول النبي الأبي " ، " ولكن رسول الله وخاتم النبيين " .
" يأها النبي اتق الله " ، " يأها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك " . فإذا جرينا على أن مفهوم
الرسول والنبي واحد - كما ذهب بعض العلماء - كان الأمر ظاهراً فخاتم النبيين هو خاتم الرسل
وإن جرينا على أنهما غير مترادفين - كما ذهب إليه أكثر العلماء - من أن النبي هو الذي أوحى
إليه بشرع ولم يؤمر بتبليغه ، والرسول هو الذي أوحى إليه بشرع أمر بتبليغه ، فيشتركان
في النبأ وهو الإجماع ، ويختص الرسول بالتبليغ ، فالرسول أخص من النبي ، ولقد كان في نبي
أمرائيل أنبياء كثيرون مع أنه لم يرسل إليهم غير موسى وعيسى عليهما السلام .

فاذا أخبر الله عن محمد بأنه خاتم النبيين كان معناه أنه خاتم من يوحى إليهم ، وهو نبي
المعنى الأم ، وهو النبوة ، ونبي الأم يستلزم نبي الأخص كما يقول المناطقة ، فثبت بهذه الآية
أن محمداً خاتم الأنبياء والرسل ، والتعبير بكونه خاتم النبيين أدل على المطلوب من التعبير بخاتم
الرسل ، فقد دلت على قفل باب الوحي بعده ، ولو جاء القرآن بالإخبار بأنه خاتم الرسل ،
لنبي باب النبوة مفتوحاً يدخله البر والفاجر ، وتكثر دعاوى الوحي والتغيير في القرآن ،
ولكن الله الذي تكفل بحفظ قرآنه قفل باب الوحي بعد محمد بن عبد الله ليتم حفظ القرآن .

راجع تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٤٩٣ ، وتفسير القرطبي ج ٧ ص ٢٩٨ ، ج ١٤ ص ١٩٦

(١) الاسراء - ١٥ .

« (وثالثاً) اذا رجعنا الى مصادر هذا الفقه التى يستقى منها ، وينابيعه التى يردّها رجاله وجدناها كلها تنبض بالحياة وتفيض رحمة ، وتنسج لكل جديد ، وتلتقي مع الواقع فيما يحفظ على الناس مصالحهم ، ويدفع عنهم المفاسد ، فهى لم تكن مجرد نصوص تعبدية يقف عندها العقل عاجزاً والفكر حائراً ، بل هى وحى ورأى ، وحى أوحاه الله الى نبيه ليخرج الناس من الظلمات الى النور ، ورأى يهتدى اليه العقل بعد أن فكت قيوده وطولب بالنظر والتأمل . وحى يتمثل فى كتاب الله وسنة رسوله ، أمرنا برد الأمر اليهما عند التنازع ” فإن تنازعتم فى شئ فردوه الى الله والرسول “ (١) وأخير الرسول بأن اتمسك بهما عاصم من الضلال « تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتى » .

ورأى يتمثل فى الاجتهاد وبذل الوسع على ألوان متنوعة . أقره رسول الله ، بل وسره به « الحمد لله الذى وفق رسول الله الى ما يرضى الله ورسوله » .

رأى فردى أقره فى حديث معاذ ، وآخر جماعى أمر به وحض عليه فى حديث على « اجمعا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم » .

فالمصادر اذاً يتعاون فيها العقل مع النقل ، فليست نقليّة فقط حتى يكون العقل محجوراً عليه ، ولا عقليّة فقط حتى يسرّ العقل مطلق القياد ، فتتصارع العقول وتختلف ، فيلتوى الأمر ويضطرب .

هذا قدر لا مراء فيه بين العلماء ، بل يكاد يتعقد عليه الاجماع ، لم يخالف فيه الا من شذ ، وهو أمر مقرر فى الاسلام من أيام الرسالة ، وسار عليه الأئمة والفقهاء فيما بعد .

فابن القيم (٢) يروى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى اليمن قاضياً ومعلماً قال له : « كيف تصنع

(١) النساء - ٥٩

(٢) إعلام الموقعين ج ١ ص ٢٤٣

ان عرض لك قضاء؟ ، قال أفضى بما في كتاب الله ، قال : « فان لم يكن في كتاب الله » قال : فبسنة رسول الله ، قال : « فان لم يكن في سنة رسول الله » قال : أجهدرأى ولاألو ، قال معاذ : فضرب رسول الله صدى ثم قال : « الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى رسول الله » .

كما يروى عن سعيد بن المسيب (١) عن على رضى الله عنهما أنه قال : قلت يا رسول الله . الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة ، قال : « اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينهم ولا تقضوا فيه برأى واحد » .

فهذان الأثران يدلان - فى صراحة - على أن مرجع الأحكام وأصول التشريع ثلاثة . كتاب الله ، وسنة رسوله ، والاجتهاد بالرأى ، اذا لم يكن قرآن ولا سنة ، وهو نوعان . فردى كما دل عليه حديث معاذ ، وجماعى كما صرح به الأثر الثانى ، ولكل من النوعين - اجتهاد الفرد واجتهاد الجماعة - محل الذى يعمل به فيه ، كما يشير الى ذلك موضع السؤال فى الحديثين فمعاذ يذهب للفصل فى الخصومات بين الأفراد ، وهى حوادث فردية لا تتعلق بشأن الجماعة أو الدولة كلها ، ومثل هذا يكفى فيه الاجتهاد الفردى وعلى يسأل عن الأمر العام ينزل بالجماعة « الأمر ينزل بنا » ، وهذا الأمر العام لا يكفى فيه رأى فرد واحد ، بل محتاج الى رأى الجماعة التابع من مبدأ الشورى المقرر فى القرآن ، وكلمة الأمر فى سؤال على هى كلمة الأمر التى جعلت محلاً للشورى عندما أمر بها القرآن فى قوله تعالى " وشاورهم فى الأمر " (٢) ، والتى جعلت من صفات المؤمنين فى قوله تعالى " وأمرهم شورى بينهم " (٣) .

(١) المرجع السابق .

(٢) آل عمران - ١٥٩

(٣) الشورى - ٣٨ ... ومن يتتبع مواضع مشاوره رسول الله يجد مغلفها كانت فى أمور عامة تتعلق بالدولة ، وبهذه كان يتشاور فيها أهل الشورى من أصحابه ، ولا يقتصر على فرد منهم وأما فى المسائل الخاصة به فقد كان يكتفى بمشورة البعض ، كما حصل فى قصة حديث الافك حيث شاور علياً فى طلاق عائشة .. راجع تفسير القرطبي ج ٤ ص ٢٥٠ ، وتفسير ابن كثير ج ١ ص ٥١٨ ، ج ٤ ص ١١٨ ، وتفسير البحر المحيط ج ٢ ص ٩٨

وإذا كانت السنة قد بينت مصادر التشريع الثلاثة فالقرآن قررهما من قبل في آيات كثيرة بصريح العبارة ، أو بأشارتها ، فالله يقول " وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيئنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق " (١)

" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون " (٢) ، " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون " (٣) ، " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون " (٤)

" وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا " (٥) ، " فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم " (٦) .

فهذه النصوص وأمثالها صريحة في حجية القرآن والسنة بعد أن ثبت أنه من عند الله ، وأنه معجزة رسول الله .

أما اجتهاد الجماعة فقرر فيه ضمن مبدأ الشورى التي هي أساس الحكم في الاسلام .

وأما اجتهاد الفرد فيدل عليه قوله تعالى " فاعتبروا يا أولى الأبصار " (٧) التي استدلت بها الأصوليون على حجية القياس ، وهي وإن لم تكن صريحة في ذلك فلا تخلو من الدلالة عليه ، كما يشير اليه قوله تعالى " فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول " (٨) ، فإن التنازع يكون عند الاختلاف في الاجتهاد ، والذي يفصل هذا النزاع هو الرد إلى كتاب الله وسنة رسوله ، فيقضى للرأى الأقرب شهاً بما فيهما ، وكذلك قوله : " فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون " (٩) ، فانه أمر لكل من لا يعرف الحكم أن يسأل أى واحد

(١) المائدة - ٤٨

(٢) ، (٣) ، (٤) المائدة آيات - ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧

(٥) الحشر - ٧

(٦) النور - ٦٣

(٧) الأنبياء - ٧

(٨) الحشر - ٢

(٩) الأنبياء - ٧

من أهل الذكر لأن سؤال الجميع متعذر ، والآية وإن نزلت في سؤال أهل الكتاب عن أوصاف رسول الله في كتبهم فهي في ذاتها بصرف النظر عن سببها تفيد حكماً عاماً .

وأصحاب رسول الله وعلى رأسهم خلفاؤه الراشدون متفقون على هذا ، فالكثرة الكاثرة من الآثار المنقولة عنهم تدل على أن الرأي مصدر من مصادر التشريع يرجع إليه إذا لم تسعنا النصوص .

فخطتهم العامة هي البحث في كتاب الله ، ثم السؤال عن سنة رسول الله ، ثم أقول فيها برأى ، فإن يكن ضوابطاً فمن الله ، وإن يكن خطأ ففي ومن الشيطان ، والله ورسوله منه بريثان .

وفي عصرهم كثر استعمال الرأي لما ظهرت الحاجة إليه ، وبأن أنه نوعان : جماعي وفردى ، وأن أولهما مقدم على ثانيهما .

روى البغوى في مصابيح السنة عن ميمون بن مهران قال : « كان أبو بكر الصديق إذا ورد عليه حكم نظر في كتاب الله تعالى فإن وجد فيه ما يقضى به قضى به ، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله ، فإن وجد فيها ما يقضى به قضى به ، فإن أعياه ذلك سأل الناس : هل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيه بقضاء ، فربما قام إليه القوم ، فيقولون : قضى فيه بكذا وكذا ، فإن لم يجد سنة منها النبي جمع رؤساء الناس فاستشارهم ، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به ، وكان عمر يفعل ذلك ، فإذا أعياه أن يجد ذلك في الكتاب والسنة ، سأل هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء ، فإن كان لأبي بكر قضاء قضى به ، وإلا جمع علماء الناس واستشارهم ، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به .

وفي رأي أن هذا منه لم يكن تقليداً لأبي بكر ، بل أخذاً برأى الجماعة ثمرة الشورى ، وقد كان أحد المستشارين بل أكبرهم في خلافة أبي بكر رضى الله عنهما .

وروى عن ابن مسعود أنه قال - لما أكرهوا عليه من السؤال ذات يوم - :
«ان الله بلغنا ما ترون ، فمن عرض عليه قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب
الله ، فان جاءه أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه فليقض بما قضى
به الصالحون ، فان جاءه أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه ، ولا قضى
به الصالحون فليجتهد رأيه ولا يقل اثنى ارى واثى أخاف ، فان الحلال
بين والحرام بين وبين ذلك مشبهات فدع ما يريك الى ما لا يريك » (١)

ولما ولى الفاروق عمر شريحا قضاء الكوفة قال له : « أقض بما استبان لك
من قضاء رسول الله ، فان لم تعلم كل أفضية رسول الله فاقض بما استبان لك
من قضاء أئمته المهتدين ، فان لم تعلم كل ما قضت به الأئمة المهتدون فاجتهد
رأيك واستشر أهل العلم والصالح ».

وبعد فترة من الزمن أرسل له كتاباً يذكره بالخطة القويمة الواجب
اتباعها فيقول :

« اذا حضرك أمر لا بد منه فانظر في كتاب الله فاقض به ،
فان لم يكن ففيما قضى به رسول الله ، فإن لم يكن ففيما قضى به
الصالحون وأئمة العدل ، فان لم يكن فأنت بالخيار . ان شئت
أن تجتهد رأيك فاجتهد رأيك ، وان شئت أن تؤمرني ، ولا أرى
مؤامرتك إياي إلا خيراً لك والسلام ».

وابن القيم في إعلام الموقعين يروى هذا الكتاب برواية أخرى عن طريق
سفیان الثوري عن الشيباني عن الشعبي عن شريح ، وهي تختلف عن الرواية
السابقة في بعض الألفاظ ، وفي آخرها يقول : فان جاءك ما ليس في كتاب
الله ولم يكن فيه سنة عن رسول الله ، ولم يتكلم فيه أحد قبلك ، فانخذ
أى الأمرين شئت . ان شئت أن تجتهد برأيك فتقدم ، وأن شئت أن تتأخر
فتأخر ، ولا أرى التأخر الا خيراً لك .

وفي النفس شيء من هذه الرواية ، لما يترتب على العمل بظاهرها
من ترك بعض القضايا من غير حكم اذا لم يجد القاضي لها حكماً في كتاب
الله وسنة رسوله ، وما قضى به أئمة العدل قبله ، لأن أمير المؤمنين خير

(١) راجع هذه الآثار في إعلام الموقعين ج ١ ص ٧٠ ، ص ٧١ .

فيها شريحاً بين التقدم والتأخر ، ثم استحسن التأخر ، وليس هذا الكتاب خاصاً بشريح ، بل هو دستور عام له ولغيره من القضاة ، ومهمة القاضي فصل النزاع بين الخصوم لا ترك بعض الخصومات من غير قضاء .

وهذا يرجح الرواية الأولى من غير شك ، لأنها تخيره بين التقدم بالحكم باجتهاده ، وبين ترك العمل برأيه ومكاتبة أمير المؤمنين لأخذ رأيه ، وأمير المؤمنين لن يترك مشورة من غير أن يرد عليها ، فجلس الشورى عنده يستشير في كل ما يأتيه من قبل الولاة .

ولعل راوى الرواية الأخرى تصرف فيها بفهمه فأخطأ الفهم ، فالرواية الصحيحة تخيره بين الحكم باجتهاده وبين ترك الحكم برأيه ومكاتبة الخليفة ، وهذا خير وأحسن من غير شك ، لأن رأى الخليفة ومن معه من أهل الشورى أقرب الى الصواب من رأى القاضي وحده ، فظن الراوى أنه خيره بين الحكم برأيه وترك الحكم ، فعبر بما يفيد ذلك : ان شئت أن تجتهد فتقدم ، وان شئت أن تتأخر فتأخر .

ولو فسرنا التأخر المطلوب في هذه الرواية بتأخير الحكم حتى يستشير أهل الصلاح في بلده ، أو الخليفة لاستقامت ، ولما اختلفت مع الرواية الأخرى .

ومن هنا انقسمت مصادر الفقه الى نوعين . مصادر عقلية ، وأخرى عقلية ، فالعقلية هي التي يكون طريقها النقل ، ولادخل للمجتهد في تكوينها وإيجادها ، والعقلية هي التي يكون للعقل دخل في تكوينها ، أو بعبارة أخرى . هي التي تكون من عمل المجتهد (١) .

(١) فالقياس مثلاً يوجب بمنع المجتهد ، فهو الذي يبحث عن الأصل وعلة الحكم فيه ، ووجودها في الفرع ، ومساواة الفرع للأصل في تلك العلة ، ثم يبدل هذا يحكم بالمساواة ، أو بالتعدية على الأتلاف في التعبير ، والاستحسان كذلك من صنع المجتهد ، فان كان قياساً خفياً في مقابلة قياس آخر فأمره ظاهر ، وان كان استثناء من قاعدة عامة فالمجتهد هو الذي يبحث في الحكم العام =

وهذا التقسيم - كما ترى - كان موجوداً من عهد الصحابة ، ولكن بدون تفصيل للأشكال كما حدث حدث بعد زمنهم ، فالمصادر الثقلية عندهم هي القرآن والسنة ، وهما مقدمان على كل حال ، وما عداهما فرأى - جماعى أو فردى - لم يأخذ عناوين مختلفة ، كما حدث فى عصر الأئمة أصحاب المذاهب ، فالقياس والمصالح وسد النرائع والاستحسان وغيرها ألفاظ لم توجد فى عصرهم ، وإن كانت حقائقها وجدت فى فتاويهم وأحكامهم

ومرد ذلك الى أن اجتهادهم لم توضع له قيود ولا شروط كما حصل فيما بعد ، بل كانوا يصيدون فى اجتهادهم عن تقديرهم للمصالح حسب فطرتهم السليمة غير متقيدين إلا بما يقيدهم به القرآن أو السنة ، فهم فى رحاب القرآن صاروا ، ويهدى السنة النبوية اهتدوا .

ولما تقدم سر الزمن وجاء عصر تمييز العلوم نشأت الاصطلاحات وتنوع الرأى الى أنواع اختصاص كل نوع باسم خاص ، بعد أن وضعت له الشروط والقيود ، وكان منها ما هو موضع وفاق بين الأئمة ، ومنها ما هو مختلف فيه ، حتى ظن بعض الكتاتيب (١) أن جديداً حدث فى عالم مصادر الفقه ، وأنه وجد منها ما لم يكن موجوداً فى عصر الصحابة ، ثم رتب على هذا الظن . أن اختلاف الصحابة كان فى الفروع فقط ، والأئمة من بعدهم اختلفوا فى الأصول والفروع معاً ، مستنداً فى ذلك الى أنهم اختلفوا فى الأخذ بالاستحسان والمصالح المرسله ، وفى بعض أنواع السنة كالحديث المرسل ، وغير ذلك .

== فوجد تطبيقه على جزئيه من جزئياته يوقع فى الحرج لتفويت مصلحة هامة ، أو إلحاق ضرر فاستثناه من الحكم العام وأثبت لها حكماً آخر ، ومثل ذلك يقال فى المصلحة المرسله ، فإن المجتهد هو الذى يقدر المصلحة التى يستند اليها بعد وزنها بميزان المصالح الشرعية بخلاف القرآن والسنة فإن المجتهد لا يدخل له فى وجودهما ، وكذلك الإجماع ، فإنه وجد وتقرر قبل استدلال المجتهد به ومثله العرف ، فإن العرف وجد وتقرر ولا دخل للمجتهد فيه ، فإذا ما وجده مستوفياً شروط الاستناد اليه استند اليه ، ويقال مثل ذلك فى قول الصحابي الذى يستدل به من جاء بعدهم .

(١) راجع أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى المرحوم الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف . الطبعة السادسة ص ٢٢٢ وما بعدها .

وقد بينت خطأ هذا الرأي في كتابي «المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي»^(١) ، وخلصت من ذلك الى أن الأصول واحدة عند الفريقين .
غير أنها كانت مجملة في عهد الصحابة ، ومفصلة الأنواع في عهد الأئمة
فالكل متفق على أن القرآن والسنة والرأى بنوعيه مصادر للفقه ، واختلافهم
في بعض الأنواع يرجع الى توسع البعض وتضييق الآخر فيه .

والذين كتبوا في أصول الفقه ، وبينوا طرائق الأئمة في الاستدلال
متفقون على هذا التقسيم ، وعلى أن كل نوع غير مستقل تماماً عن الآخر (٢)
لأن الاستدلال بالمنقول لابد فيه من النظر والتدبر بالعقل ، والاستدلال
بالمعقول لا يعتبر شرعاً الا اذا استند في أصله الى النقل ، ثم اختلفوا بعد هذا
وذاك في عدد هذه الأدلة ، وفريق يحصرها في ثلاثة . الكتاب والسنة
والاجماع ، وفريق آخر يزيد عليها القياس والاستصحاب ، وفريق ثالث
يضم اليها الاستحسان والعرف ، ورابع يزيد عليها المصالح وسد الذرائع
وفريق خامس يزيد عليها عمل أهل المدينة .

ومن الأصوليين (٣) من يزيد على هذا العدد أنواعاً أخرى هي
في حقيقتها اما راجعة الى تلك الأدلة ، أو لا تعتبر دليلاً . كالبراءة
الأصلية والاستقراء والاستدلال ، والأخذ بالأخف ، وقول المعصوم ،
واجماع أهل الكوفة ، واجماع العترة ، واجماع الخلفاء الأربعة .

ومع هذا الاختلاف في العدد فهم متفقون على أن الكتاب والسنة
هما المصدران الأساسيان اللذان يرجع اليهما كل المصادر الأخرى ، لأن حجية
تلك المصادر راجعة اليهما ، وأن كل نزاع أو خلاف يقع بين المجتهدين

(١) ص ١٤٦ وما بعدها .

(٢) يقول الشاطبي في موافقاته ج ٣ ص ٤١ : الأدلة الشرعية ضربان . أحدهما ما يرجع
الى النقل ، والثاني ما يرجع الى الرأى ، وهذه القسمة بالنسبة لأصول الأدلة ، والأفكل واحد
من الفريقين مفتقر الى الآخر ، لأن الاستدلال بالمنقول لابد فيه من النظر كما أن الرأى لا يعتبر
شرعاً الا اذا استند الى النقل .

(٣) راجع تنقيح الفصول ص ٧٣ لشهاب الدين القرافي المالكي .

فردة اليهما ، بل ان كتاب الله هو أصل الأصول ، ومصدر المصادر ، وهو الحكم في كل شيء كما يدل عليه قوله تعالى "ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين" (١) ، وقوله "ما فرطنا في الكتاب من شيء" (٢)

ومن هنا لم تسع هوة الخلاف بين الفقهاء المجتهدين ، لأن الكل يشد الحق ، ويبغيه في ظل هذا الكتاب الذي جعله الله تبياناً لكل شيء ، وهدى ورحمة للمسلمين .

ونحن هنا لا يعيننا العدولا الاختلاف ، لأنه يرجع تارة الى زيادة الاحتياط ، كما في اختلافهم في العمل بالمصالح المرسلة ، وطوراً الى الاختلاف في تفسير اللفظ ، كاختلافهم في الاستحسان (٣) .

فلنترك الأصوليين ونزاعهم ولنعد الى أصل الموضوع ، وهو بيان ما في مصادر هذا الفقه من مرونة تجعله ينبض دائماً بالحياة مهما تقدم به الزمن ، ولنبداً بما في المصادر التقليدية ، وهي نصوص القرآن والسنة التي يظن أنها نصوص تعبدية تقف بالفقه في دائرة خاصة لا يتجاوز حدودها مهما تغير الواقع أو تبدل فنقول :

ان كتاب الله لا تختلف آياته ، ولا يناقض بعضه بعضاً "ولو كان من عند غير الله لوجلوا فيه اختلافاً كثيراً" (٤) ، فكيف يحجر على العقول وهو الذي رفع الغشاوة عنها ، وفتح أمامها أبواب النظر ، وحشها على البحث

(١) النحل - ٨٩

(٢) الأنعام - ٣٨

وراجع الموافقات ج ٣ ص ٤٢

(٣) فان الاستحسان الذي نفاه الشافعي وبالح في رده ليس هو الاستحسان الذي أخذ به الحنفية والمالكية والحنابلة ، فهذه الحقيقة قد يأخذ بها الشافعي ولكن بمنوان آخر . وسيأتي توضيح ذلك في الكلام على الاستحسان .

(٤) النساء - ٨٢

والتأمل في كثير من آياته ؟ ، أم كيف يقف حاجزاً بين الناس وما يحقق مصالحهم ، فيبعدهم عن واقعهم وما فيه من منافع ، وهو الذي جعله رحمة لهم ” ونزل من القرآن ما هو شفاء ورحمة للمؤمنين ولا يزيد الظالمين إلا خساراً “ (١).

والسنة لا تختلف عنه ، فهي شارحة ومبينة لما أجمل فيه .

وان من يستقرئ آيات الأحكام في كتاب الله ، وأحاديثها في سنة رسوله يجد مظاهر المرونة - التي تلتقي مع الواقعية - عديدة . فمن إجمال يقف عند تقرير المبادئ والقواعد ، الى تعليل الأحكام ، الى دلالات متنوعة الى قطعية وظنية ، الى تفصيل للمحظورات مع اطلاق في المباحات .

فهي (أولاً) لم تفصل أحكام الحوادث كلها تفصيلاً شاملاً ، بل فصلت أحكام علاقة العبد بربه من عقائد وعبادات ، وما ألحق بالعبادات من الأحوال الشخصية والموارث ، لأن هذه الأحكام اما تعبدية لا مجال للعقل فيها ، لأن الشارع أراد السمو بها عن مواطن الخلاف والجدل ، واما أحكام معقولة ، ولكن مصالحها دائمة لا تتغير بتغير الزمن ، ولا تتطور بتطور البيئات .

وأما ما عدا ذلك مما يتعلق بالأحوال المدنية والاقتصادية والجنائية والدستورية والدولية فجاءت أحكامها على هيئة قواعد عامة ، اكتفى فيها بوضع المبادئ الأساسية مع الإشارة الى مقاصد التشريع ولم تتعرض للتفصيل الا لبعض أحكام قليلة ، مصالحها ثابتة لا تبدل مهما تغير الزمن أو اختلفت البيئات .

وحجبها على هذا الوضع يجعلها أكثر ملاءمة لمصالح الناس ، فان النصوص الكلية تقرر المبادئ وترك لأولى الأمر تطبيقها حسبما يتفق وحاجات الناس في كل زمان ومكان .

ولو جاءت مفصلة لوقع المكلفون في حرج بين حيث يلزمهم الوقوف
عندها لا يحيلون عنها .

ولا يقال : ان هذه الدعوى تخالف ما صرح به القرآن من أنه جاء
مبيناً لكل شيء في قوله تعالى "ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء" (١)
وقوله "ما فرطنا في الكتاب من شيء" (٢) ، وأن السنة جاءت مبينة
لما أجل في الكتاب ، "وأنزّلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم" (٣) .

لا يقال هذا . لأن بيان القرآن للأحكام اجمالى ، والا فقيم كان الاجتهاد؟
ومجيئه بالقواعد والأسس الصالحة للتطبيق على جميع ما يجد من الأحداث
صادق بأنه تبيان لكل شيء ، وصدق الله في اخباره بأنه لم يفرط في كتابه
من شيء .

وأما بيان الرسول وان كان تفصيلاً لذلك الاجمال في القرآن الا أنه
اقتصر فيه على ما دعت اليه الحاجة ، وترك ما لم توجد حاجة الى تفسيره ،
ليفسره العلماء فيها بعد عندما تدعو الحاجة الى تفسيره ، ليكون ذلك التفسير
ملائماً للعصر الذى يقع فيه ، لأنه لو فسر كل شيء للزمن هذا التفسير
وتقيدها به ، ولكان هذا إغناء للناس من بعده ، وهو لا يتفق مع ما وصف
به القرآن رسول الله "لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم
حريص عليكم بالمؤمنين رءوف رحيم" (٤) ، ولا مع ما ورد عن الرسول
نفسه من مقالات كثيرة . كقوله : « ذورنى ماتركتكم فانما هلك من كان
قبلكم بكثرة مسائلهم » ، وقوله : « ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها ،
وحد حدوداً فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمة
بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها » .

(١) النحل - ٨٩

(٢) الانعام - ٣٨

(٣) النمل - ٤٤

(٤) التوبة - ١٢٨

فالقرآن يضع أسس المبادلات المالية في آيات معدودة "وأحل الله البيع وحرم الربا" (١)، "يأبى الذين آمنوا لتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (٢)، "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون" (٣) .

حتى قال ابن العربي في تفسيره (٤) "أحكام القرآن" عند الكلام على الآية الأخيرة : هذه الآية من قواعد المعاملات ، وأساس المعارضات التي تبنى عليها ، وهي أربعة . هذه الآية ، وقوله تعالى "وأحل الله البيع وحرم الربا" وأحاديث الفرر ، واعتبار المقاصد والمصالح .

وتلك مقالة حق ، لأن الآية نهت أن يأكل الناس أموال بعضهم بغير حق ، فيدخل في هذا النهي القمار ، والخداع ، والغصب ، وجحد الحقوق ، ومالا تطيب به نفس مالكة ، أو حرمة الشريعة وإن طابت به نفس مالكة ، كمهر البغي ، وحلوان الكاهن (٥) ، وأثمان الخمر والخنازير ، والرشوة ، وما قضى به بغير وجه حق ، والخيانة وما يأخذ المنجمون وغير ذلك مما ينفقه الإنسان من ماله فيما حرمه الشرع ، كالملاهي والقيان والشرب (٦) .

كما وضع أساس الحكم ، وجعله الشورى "وشاورهم في الأمر" "وأمرهم شورى بينهم" من غير أن يعرض لتفصيل الشورى ، بل تركها ليكون الناس في سعة ، فتختار كل أمة ما يلائمها من أنواع الشورى ، وهي

(١) البقرة - ٢٧٥ .

(٢) النساء - ٢٩ .

(٣) البقرة - ١٨٨ .

(٤) ج ١ ص ٤١ .

(٥) هو رشوته وما يعطى له على أن يتكهن .

(٦) راجع تفسير القرطبي ج ٢ ص ٣١٧ ، والبحر المحيط ج ٢ ص ٥٥ وما يبعثها ،

وتفسير ابن كثير ج ١ ص ٢٢٥ .

لا شك مختلفة باختلاف الجماعات ، وما وصلت اليه من الرقي والتقدم ، غير أنه أرشدهم الى الرجوع الى كتاب الله وسنة رسوله عند الاختلاف والتنازع "فإن تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول" .

والرسول بين أهل الشورى لما قيل له : يا رسول الله . الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ، ولم تمض فيه منك سنة فقال : «اجمعوا له العالمين واجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد» .

واليك نماذج من نصوص القرآن والسنة التي جاءت على هيئة قواعد تقرر مبادئ عامة . يقول الله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد" (١) "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل" (٢) ، "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى" (٣) ، "وأشهدوا ذوي عدل منكم" (٤) ، "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل أحدهما فتذكر لإحادهما الأخرى" (٥) "ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه" (٦) ، "وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة" (٧) ، "فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه" (٨) "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الأثم والعدوان" (٩) ، "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً" (١٠) .

ويقول رسول الله : «المسلمون عند شروطهم الا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» ، «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» «إن دماءكم

(١) المائدة - ١

(٢) النساء - ٥٨

(٣) المائدة - ٨

(٤) المائدة - ٢

(٥) البقرة - ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، ٢٨٠ ، ١٧٣

(٦) المائدة - ٢

(٧) الاسراء - ٣٤

وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام» ، «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام»
«وضع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ، «الزعيم غارم»
«البينة على المدعى واليمين على من أنكر» ، «القاتل لا يرث» .

هذا هو مسلك الاسلام في تشريعه . قرر المبادئ العامة ، ووضع
القواعد ولم يوغل في طريق التفصيل كي يترك للفقهاء والقضاة فرصة
الاجتهاد ، وتقدير الأمور حسبما تقتضي به مصالحهم ، وهو يعتبر في نظر
القانونيين من محاسن القانون ، بل يعد أمانة عندهم على مرونته وقبوله
للتطور .

فراهم عند المقارنة والموازنة بين القوانين يجعلون هذه الناحية من أبرز
نواحي المقارنة والمفاضلة ، فالقانون المقرر للمبادئ قانون من متطور ،
وعلى العكس منه القانون المفرق في التفاصيل .

جاء في مقال للدكتور السهري بمجلة القانون والاقتصاد (١) بصدد
الكلام على التشريع السويسري وتعديله : ان كثيراً من غير السويسريين
معجبون بهذا القانون ، ومنهم الأستاذ «جوسران» حيث يقول :

«ان التقنين السويسري قد فاق التقنين الألماني من وجوه
كثيرة ، فهو أكثر مرونة وأقل صبغة فقهية ، وأكثر قبولاً
للأفكار الحديثة في المساواة والتضامن الاجتماعي ، وهو
لم يحاول أن يوجد حلاً لكل فرض ، بل ترك للقاضي
والفقيه حرية واسعة في التقدير وفي الاجتهاد ، واكتفى
بتقدير المبادئ العامة ، فأمن بذلك أن يشل تشريعه من تطور
القانون» .

(وثانياً) ان هذه النصوص عللت الكثير من الأحكام التي جاءت
بها ، والتعليل بيان لما يترتب على الأفعال المأمور بها من مصالح تعود

(١) السنة السادسة ص ٥١

على الناس ثمرة امتثالهم ، وعلى المنهيات من مفساد نتيجة إقرارها ، وهذا الأسلوب ينادى في صراحة . بأن الأحكام لم تكن محض أوامر ونواه تعبدية قصد بها مجرد اخضاع المكلفين لها ، ولكنها جاءت لتحقيق مصالحهم ، فتجلب لهم المنافع وتدفع عنهم المضار ، وفيه إشارة الى أنها تدور مع المصالح فحيثما توجد المصلحة فثم شرع الله .

ويرشدنا من وراء ذلك الى أن نسلك عند التطبيق هذا الطريق ، فلا نبعد عنه ، وأن الحكم متى تغيرت مصلحته أو أصبح لا يحقق مقصود الشارع منه يجب تغييره ، والا كنا مناقضين لمقصود الشارع (١) ، ومن هنا صرح الفقهاء بأن الفعل اذا لم يوصل الى مقصود الشارع منه كان لاغياً .

يقول عز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام (٢) : « كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل » ، والامام الشاطبي في موافقاته (٣) يكشف لنا سر هذا الموضوع فيقول :

«النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً . كانت الأفعال موافقة أو مخالفة ، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام الا بعد نظره الى ما يؤول اليه ذلك الفعل ، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب ، أو لمفسدة تدرك ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه ، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه ، أو مصلحة تندفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك ، فاذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه الى مفسدة تساوى المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية ،

(١) حل أن التعليل فائدة أخرى . وهو أنه يجعل الحكم عاماً في محال التعليل بالقياس على الصحيح وقيل بالوضع . راجع التيسير شرح التمرير ج ١ ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٢) ج ٢ ص ١٢١

(٣) ج ٤ ص ١٩٤ وما بعدها .

وكذلك اذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة الى مفسدة تساوى أو تزيد ، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية ، وهو مجال للمجتهد صعب المورد ، إلا أنه عذب المذاق محمود الغب ، جار على مقاصد الشريعة . ثم دلت على ذلك بعدة أدلة .

منها : أن الشارع اعتبر المسببات في الأسباب ، والمجتهد نائب عن الشارع في الحكم على أفعال المكلفين ، فاذا ثبت أن الشارع قاصد للمسببات في الأسباب لم يكن للمجتهد بُد من اعتبار المسبب وهو مآل السبب .

ومنها : أن الاستقراء في النصوص يفيدنا أنها معتبرة للمآلات في أصل المشروعية وذلك في آيات التعليل وأحاديثه .

وصدق الشاطبي في ذلك ، فان التعليل الكثيرة في القرآن والسنة تنادى في صراحة : أن الشارع ينظر في تشريعه الى ما يترتب عليها ، ويربط الأسباب بمسبباتها ، واليك نماذج من تعليقات القرآن والسنة .

يقول جل شأنه ” وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم “ (١) ، ” وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة “ (٢) ” ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولدى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم “ (٣) وقال بعد أن أمر رسوله بزواج زينب مطلقة زيد بن حارثة ” فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها لكى لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم اذا قضوا منهن وطراً وكان أمر الله مفعولاً “ (٤) .

(١) الأنفال - ٦٠

(٢) البقرة - ١٩٣

(٣) الحشر - ٧

(٤) الأحزاب - ٣٧

«وإذا سأتموهن متاعاً فاسألهن من وراء حجاب ذلكم أطهر لقلوبكم وقلوبهن وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله» (١)، «انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة» (٢)، «خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم» (٣)، «ولكم في القصاص حياة» (٤).

ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم» (٥)، ويقول لعبد الله بن عمر لما بلغه أنه يصوم النهار ويقوم الليل : «إنك إذا فعلت ذلك هجعت عينك ونفثت نفسك وإن لنفسك حقاً ولأهلك حقاً» (٦)، ويقول لسعد حينما أراد أن يوصى بالشر الأكبر من ماله : «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عائلة يتكففون الناس» (٧).

ولما جاءه رجل بمثل البيضة ذهباً وقال له يا رسول الله : هذه صدقة مارتكت لي مالا غيرها ، قال له — بعد أن حلفه بها — : «ينطلق أحدكم فينخلع من ماله ثم يصير عيالا على الناس» (٨).

ويأمر الخاطب بأن يرى مخطوبته معللا ذلك «بأنه أحرى أن يودم بينهما» (٩).

(١) الأحزاب - ٥٢

(٢) المائدة - ٩١

(٣) التوبة - ١٠٣

(٤) البقرة - ١٧٩

(٥) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٦

(٦) عمدة القاري ج ٣ ص ٦٣٥ . هجعت . غارت وضعف بصرها لكثرة السهر ، ونفثت :

كلت وأعبت .

(٧) الموطأ بشرح المنق ج ٦ ص ١٥٥

(٨) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ١٣٧

(٩) شرح معاني الآثار للطحاوي ج ٢ ص ٨١

ويقول لمن أشار عليه بقتل من ظهر نفاقه : « أخاف أن يتحدث الناس بأن محمداً يقتل أصحابه » (١) .

فقد منع من قتل المنافق الذي أعلن ما في نفسه من كفر بعد إظهاره الاسلام ، مع أن قتله مصلحة كبيرة تؤدي الى قطع دابر المفسدين ، منع ذلك لإبعاد تهمة عنه لو وقعت لكان ضررها أكبر من ضرر الإبقاء عليه ، حيث تبعد الطمأنينة عن مريدى الاسلام .

وهذا التعليل في الحديث الأخير وأمثاله يدل صراحة على أن الأصل في نظر الشارع هو اعتبار المصالح ، وأن المباح المشروع اذا ترتب عليه في وقت ما نقيض ما قصده الشارع منه أولا تزول لإباحته لثلا يوصل الى مفسدة تفوق مصلحته .

ومن هنا جاء مبدأ سد الذرائع المتفق على أصله ، وإن اختلف في تطبيقه يشير لهذا قول رسول الله لأم المؤمنين عائشة : « لولا أن قومك حديث عهدهم بجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم أن أدخل الجدر في البيت وأن ألصق بابي بالأرض لأسست البيت على قواعد إبراهيم » ، وفي رواية أخرى « لولا حداثة قومك بالكفر لنقضت البيت ثم لبنيته على أساس إبراهيم » (٢) .

فقد امتنع من هدم البيت وبنائه على قواعد إبراهيم الأولى التي رسمت له بطريق الوحي مع ما فيه من المصلحة لما يترتب عليه من نفرة العرب من هذا العمل لقرب عهدهم بجاهلية .

ولهذا أفتى الامام مالك الأمير الذي أراد أن يرد البيت الى قواعد إبراهيم بقوله : « لا تفعل لثلا يتلاعب الناس ببيت الله » (٣)

(١) صحيح مسلم ومسنده أحمد .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٦٢ ، فقد عد هذا من الترك للمطلوب خوفاً من حدوث مفسدة أعظم من مصلحة ذلك المطلوب .

(٣) المرجع السابق ص ١٩٨

وحدث الأعرابي الذي رواه البخاري ومسلم وغيرهما ، وهو أن أعرابياً جاء الى رسول الله ومعه أصحابه في المسجد ، فجلس ثم قام بيول في المسجد ، فقال أصحاب رسول الله : مه مه ، فقال رسول الله : « لا ترموه دعوه » ، فتركوه حتى بال ، ثم ان رسول الله دعاه فقال له : « ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر انما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن » ، وأمر رجلا من القوم فجاء بدلو من ماء ، فشنه عليه .

فقد نهاهم عن الانتكار على الأعرابي الجاهل الذي قام بيول في المسجد فينجسه ، لأن منعه من البول سترتب عليه مفسدة أعظم من مفسدة تنجيس المسجد ، هي تنجيس ثوبه ويدنه ، وما يصيبه من داء نتيجة حبس البول .

ثم ان القرآن نفسه وضع أساس هذه القاعدة في قوله تعالى " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم " (١)

فقد نهاهم عن سب ما يعبد المشركون من الأصنام والأوثان مع ما في سبهم من تخذيل المشركين ، وتوهين أمر الشرك ، واذلال أهله ، لما يترتب عليه من مفسدة كبيرة لا توازيها مفسدة ، وهي سبهم لله سبحانه وتعالى .

(وثالثاً) ومع هذا التعليل وذلك الاجمال تنوعت دلالة تلك النصوص على معانيها ، فلم تكن كلها قطعية ، بل منها ما هو قطعي بحيث يدل على معناه قطعاً وقيناً ، فيما اذا كان اللفظ لا يحتمل الا معنى واحداً ، وهذا قليل بالنسبة للنوع الثاني الظني ، وهو الذي لا يقطع بدلالته على معناه فيما اذا كان اللفظ يدل على معناه مع احتمال له لمعنى آخر .

والنوع الأول لا يقبل تأويلاً ولا اجتهاداً ، لأنه صريح في دلالاته على المراد منه ، والثاني يقبل التأويل ، وهو موضع الاجتهاد ، وفيه اختلف المجتهدون في الفهم والاستنباط . ومن أمثلة القطعي ، النصوص التي بها ألفاظ خاصة كآيات المواريث الدالة على أن نصيب الزوج من تركه زوجته النصف

أو الربع ، وأن نصيب الزوجة نصف نصيب زوجها ، وأن للذكر مثل حظ الأنثيين في ميراث الأبناء والبنات ، والأخوة والأخوات لأبوين أو لأب حالة المشاركة .

”يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين“ ، ”وان كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين“ . فمثل هذه النصوص تدل دلالة واضحة قاطعة على مراد الله بها لا تختمل تأويلا ، وأحكامها لا تقبل التعديل ولا التبديل ، لأن تعديلها يؤدي الى الخروج على النص الدال عليها قطعاً وبقيناً .

أما ما يرجف به المرجفون من المناذاة بالمساواة بين المرأة والرجل في الميراث بحجة أنها أصبحت مساوية له في كل الحقوق ، وأنها خرجت للعمل ، فوليت الوظائف ، وسارت معه في طريق التكسب على قدم المساواة فنهن الطبييات والمدرسات والمحاميات والموظفات والعاملات ، ومنهن ومنهن .

فلم يبق بعد هذا معنى للابقاء على تقسيم الميراث الذي بنى أول الأمر على أن الرجل هو المستول عن الانفاق على غيره حينما كان التكسب قاصراً على الرجال .

وهذا كلام لا معنى له غير المغالطة والنظر الى المسألة بعين واحدة ، ومن زاوية معينة ، لأننا لو نظرنا الى حكمة توزيع الميراث كما جاء في كتاب الله ، وجعلنا أساس التفرقة بين النوعين . هي أن الرجل مستول عن غيره ، والمرأة غير مستولة ، وهذا يقتضى تمييز الرجل في نصيبه ، فان هذا الأساس باق كما هو ، فالرجل مستول وعليه النفقات ، والمرأة خالية المسئولية من النفقات الا من نفقة نفسها ان لم تجب لها النفقة على غيرها ، فهل غيرتم هذا الأساس حتى يتغير ما تفرع عنه ؟؟؟

وأما مسألة المساواة في الكسب التي زعمها هؤلاء الدعاة فالواقع يكذبها حيث لا تزال الفوارق بين النوعين فيها كثيرة ، وستظل كذلك ما بقي كل من الرجل والمرأة على الطبيعة التي خلقهما الله عليها ، وهي مختلفة

فالأصل في الرجل أنه خلق للكند والعمل لجلب الأرزاق ، وقل أن تجد رجلاً من غير عمل أو باحثاً عن عمل يتخذ طريقاً لكسب قوته وقوت الضعاف ورائه ، أما المرأة فقد خلقت لعمل يناسب طبيعتها ، خلقت لتكون أما ، لها عملها الخاص من التربية والرعاية ، وخروجها للعمل خارج هذه الدائرة على خلاف الأصل .

والى الآن لم يخرج الا بعضهن ، والى بعض المهن فقط ، والتي تخرج لعملها ترك وراءها أطفالها تركهم لأمرأة أخرى لا تحمل اسم الأمومة ، بل تحمل اسماً آخر ، مربية أو خادمة .

على أننا لا نتصور خروج جميع النساء الى عمل الرجال ، ولو فرض وتحقق كان معه خراب البيوت وانهار الأسر ، بل القضاء عليها .

وهنا نقول للمطالبات بالتسوية بعد أن ألبسها ثوب الحق : ان النوااميس كلها تقرر أن كل حق يقابله واجب ، فن منكن ترضى أن تكون مسئولة عن نفقات الأسرة كما يسأل الرجل ، وهل تقبل احداكن أن تقوم بالانفاق على زوجها عن رضى وطوعية اذا ما خلعت يده عن العمل ، أو أقعده المرض عن الكسب ، أو تبادر الى الاعلان عن التنازل عن حقها قبل زوجها وتعمل البيت شركة مساهمة بينها وبينه ؟؟

ومن النصوص القطعية ؛ النصوص التي قدرت بعض الواجبات ، كقادر الزكاة أو بعض العقوبات ، كعقوبة الزنى والقتل ، فان هذه النصوص لا مجال للبحث فيها بالتغيير أو التبديل ، لأن تغييرها خروج عن مراد الشارع قطعاً وهذا مما لا تقره كافة القوانين . وضعية أو سماوية .

وأما النصوص الظنية فهي التي تدل على معنى وتحتل الدلالة على معنى آخر ، ومع هذا الاحتمال لا يكون أحد المعاني مدلول النص قطعاً ، والاحتمال يجرى اما من وجود لفظ مشترك ، أو من لفظ تحف به قرائن يجوز صرفه عن معناه الحقيقي الى معنى آخر مجازي ، أو قصره من العموم الى الخصوص أو من الاطلاق الى التقييد .

وهذا النوع اذا لم يوجد من الشارع نص صريح يعين المراد منه يكون موضع اختلاف الأفهام ومجلا للتأويل .

(ورابعاً) انها في مقام الحظر والتحريم سلكت مسلكاً يغاير مسلكها في مقام الاباحة والتحليل ، ففي الأول تفصيل يقرب من الاحصاء ، وفي الثاني اجمال واطلاق .

اقرأ ان شئت قوله تعالى ”حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم ...“ الى قوله ”وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان“ (١).

وقوله بعد بيان نعمه العديدة التي أباحها لنا ”قل لا أجد فيما أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به . فن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفور رحيم“ (٢).

وقوله ”يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتقوا الله ان الله مريع الحساب اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ...“ الآية .

فانه سبحانه قال ذلك بعد أن عد أصنافاً من المحرمات ”حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم وما ذبح على النصب“ (٣) .

(١) النساء - ٢٣ - ٢٤ .

(٢) الأنعام - ١٤٥ .

(٣) المائدة - آيات ٣ ، ٤ ، ٥ .

”قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق“ (١).
 ”كل الطعام كان حلالاً لبني إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه“ (٢).
 ”ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث“ (٣)، ”يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا
 طيبات ما أحل لكم“ (٤)، ”هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً“ (٥).

فهذه الآيات وما شابهها تدل في وضوح على أن الأصل في الأشياء
 هو الحل ، وأن التحريم والحظر على خلاف الأصل ، لأن المحرم في تلك
 النصوص اما معلود أو مستثنى ، وهما من لوازم القلة ، وقديماً قيل :
 « كفى المرء فخراً أن تعد معاييه » .

فاذا أضفنا الى ذلك أن النصوص نفسها فتحت باب الاستثناء في المحرمات
 اذا اقتضت الضرورة ذلك ”فن اضطر في غمصة غير متجانف لإثم فان
 الله غفور رحيم“ (٦) ”فن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفور رحيم“ (٧)
 ”فن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه“ (٨) ، ”فن اضطر غير باغ
 ولا عاد فان الله غفور رحيم“ (٩) ، ”وقد فصل لكم ما حرم عليكم
 الا ما اضطررتم اليه“ (١٠) .

وأحاديث رسول الله في هذا النوع كثيرة ، وهي كلها تنادى بأن
 المحرمات معدودة ، والمكلفون مطلوب منهم ألا يقربوها ، ولعل أصرح

(١) الأعراف - ٣٢

(٢) آل عمران - ٩٣

(٣) الأعراف - ١٥٧

(٤) المائدة - ٨٧

(٥) البقرة - ٢٩

(٦) المائدة - ٣

(٧) الأنعام - ١٤٥

(٨) البقرة - ١٧٣

(٩) النحل - ١١٥

(١٠) الأنعام - ١١٩

حديث في ذلك قوله : « ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدوداً فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها » .

والحديث المتفق عليه الذي رواه أبو هريرة عن رسول الله أنه قال :
« ذروني ما تركتكم فانما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم ، فاذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ، واذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » (١) ، وقد طبق رسول الله مبدأ الاستثناء الوارد في القرآن ، فاستثنى مواضع الحرج .

وما استثنأه السلم وبيع العرايا والإذخر الا تفسيراً للمعنى الاضطراب في القرآن ، وأنه ليس قاصراً على الضرورة بالمعنى الاصطلاحي ، بل لمخطأها الى الحاجة ، وهو بذلك يفسر لنا كتاب الله كما أراد الله ، فقد جمع صلى الله عليه وسلم بين آيات الاضطراب ، وآيات نفى الحرج ، وآيات التيسير ، ووضعها في موضع الحكم على النصوص الجزئية ، فتحريمه لقطع حشيش الحرم وشجره ، واستثنأه الإذخر لم يصل الى حد الضرورة ولكنه رفع حرجاً ، واستثنى موضع الحاجة التي لا ترقى الى مرتبة الضرورة ، وكذلك استثنأه السلم والعرايا لم يستثهما لأن حياة الناس متوقفة على إباحتهما ، بل لما في منعهما من إيقاع الناس في الحرج .

ومن هنا نستطيع أن نقول - ونحن مطمئنون - إن الأصل في الأشياء الإباحة ، وأن التحريم والحظر جاء على خلاف الأصل ، فيتوقف على وجود النص مع ملاحظة أن الاستثناء فيها مباح متى وجد ما يقتضيه من ضرورة أو رفع حرج ، وأن أسلوب القرآن والسنة في التشريع صريح في ذلك كل الصراحة .

(١) قيل الأوطار ج ٨ ص ٨٨ . وقال النووي هذا الحديث من جوامع الكلم وقواعد الاسلام ويدخل فيه كثير من الأحكام .

فمن ذهب الى غير ذلك وحرم الأشياء بمجرد الشبه فقد جانبه الصواب ،
وبعد عن يسر الدين ومماحته ، وكان ممن يشق على هذه الأمة باسم الشريعة
التي جاءتهم رحمة من الله ، فيدخل في دعاء الرسول . بأن الله يشق عليه .

يقول الامام الشعراني في كتابه كشف الغمة (١) : روى في الصحيح
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول في دعائه « اللهم من شق
على أمتي فاشقق اللهم عليه » ، ولا أحد أشق على الأمة من فقيه يحجر عليهم
ويحكم ببطلان عبادتهم ومعاملتهم وتطبيق نسايتهم وسفك دمايتهم ، ويحكم
بكفرهم بأمر ولدها بعقله ورأيه ، ولم يأت بها صريحاً كتاب ولا سنة
حتى تضيق الدنيا على العايت منهم ، فمن فعل ذلك معهم فقد دخل في دعائه
عليه السلام بأن الله يشق عليه » .

وأخيراً أستمع معي الى قول الله سبحانه في سورة الأعراف (٢) .
”يا بني آدم خلوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا
انه لا يحب المسرفين . قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات
من الرزق قل هي للذين آمنوا في الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة كذلك فصل
الآيات لقوم يعلمون . قل انما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن
والأثم والبغى بغير الحق وأن تشرکوا بالله ما لم ينزل به سلطاناً وأن تقولوا
على الله ما لا تعلمون“ (٣) .

ج ١ ص ٨

(٢) الآيات من ٣١ - ٣٣

(٣) قد يقال : اذا كان ذلك هو الأساس ، فلم كان الزهد من رسول الله وأصحابه
من بعده في طيبات هذه الحياة الدنيا ، وقد سرت لهم في يوم من الأيام ؟... ونحن نجيب عن هذا
التساؤل بأن الزهد لم يكن تحريماً ، وانما كان إشاراً للغير على النفس ، وهي مرتبة لا يصل اليها
الا القايضون على زمام أنفسهم ، كما كان تحزراً من أن يوصل التمتع بالطيبات الى التمدى
على حقوق الغير ، قال المسلمين فيه حق لكل مواطن في الدولة الاسلامية ، والمنقول الأول
عن هذه الحقوق هو رئيسها . جاء ذلك في مقالات كثيرة أثرت عنهم .

هذا هو موقف النصوص من التشريع . إجمال يتطلب التطبيق ، وتعليل يرسم لذلك التطبيق طريقته ، ودلالات على المعاني متنوعة ، يفتح بها مجال الاجتهاد أمام الفقهاء ، ونصوص حافظة في دائرة محددة ، وأخرى مبيحة في اطلاق . ومن وراء ذلك كله نجد بعض النصوص جاء لمصلحة خاصة ، يمكن أن يتغير الحكم عندما تتغير هذه المصلحة ، وما قصة المؤلفه قلوبهم وموقف عمر منها الا من هذا النوع ، ومثله نهى الرسول عن ادخار لحوم الأصاحي فوق ثلاث ، ثم إباحته الادخار لأكثر منها لما زالت المصلحة الخاصة التي عبر عنها بقوله : « انما كان ذلك من أجل الدافة التي دفت عليكم يومئذ » وقوله : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها فانها تذكر الآخرة » ، « وكنت نهيتكم عن الأشربة الا في ظروف الأدم فاشربوا في كل وعاء غير ألا تشربوا مسكراً فان الظروف لا تحل شيئاً ولا تحرمه » .

أنواع السنة

وانك لواجد هذا النوع من النصوص في السنة كثيراً . الأمر الذي جعل بعض العلماء يقسم السنن الى أقسام ، ويجعل منها قسماً وكل الله لرسوله فيه أن يستعمل رأيه ، فيرخص لمن شاء حسبما يرى المصلحة والعذر ، وأن منه ما قصد به مصلحة جزئية يومئذ ، وليس من الأمور اللازمة للجميع الأمة .

يقول الامام أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة المتوفى سنة ٢٧٦ هـ في كتابه « تأويل مختلف الحديث » (١) والسنن عندنا ثلاث . سنة أتى بها جبريل عليه السلام عن الله تعالى ، كقوله : « لا تنكح المرأة على عمتها وخالتها » « ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ، « ولا تحرم المصاة ولا المصنان » وأشباه هذه الأصول .

والسنة الثانية سنة أباح الله له أن يسنها ، وأمره باستعمال رأيها فيها ،
 فله أن يترخص فيها لمن شاء على حسب العلة والعذر ، كتحريمه الحرير
 على الرجال ، وادّنه لعبد الرحمن بن عوف فيه لعله كانت به ، وقوله
 في مكة : « لا يخلخل خلاها ولا يعضد شجرها » ، فقال العباس بن عبد المطلب
 يارسول الله : ألا الإذخر فانه لقيوننا ، فقال : « ألا الإذخر » ، ولو كان الله حرم
 جميع شجرها لم يكن يتابع العباس على ما أراد من اطلاق الإذخر ، ولكن الله
 تعالى جعل له أن يطلق من ذلك ما رآه صلاحاً ، فأطلق الإذخر لمنافعهم
 ونادى مناديه : لا هجرة بعد الفتح ، ثم أتاه العباس شقيقاً في أخى مجاشع
 ابن مسعود ليحمله مهاجراً بعد الفتح ، فقال : أشفع عى ولا هجرة ،
 ولو كان هذا الحكم نزل لم تجز فيه الشفاعات (١)

وقال : « عادى (٢) الأرض لله ولرسوله ، ثم هى لكم منى ، فمن أحيا
 مواتاً فهي له » .

وقال في العمرة : « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لأهللت بعمره »
 وقال في صلاة العشاء : « لولا أن أشق على أمتى لجعلت وقت هذه
 هذا الحين » ، ونهى عن لحوم الأضاحى فوق ثلاث ، ونهى عن زيارة
 القبور ، وعن التبيذ في الظروف ، ثم قال : « انى نهيتكم عن ادخار لحوم
 الأضاحى فوق ثلاث ، ثم بدالى أن الناس يتحفون ضيفهم ويحتبسون
 لغائبهم ، فكلوا وأمسكوا ما شئتم » .

(١) في كشف الغمة للأمام الشيرازي ج ٢ ص ١٨٩ : قال عبد الرحمن بن صفوان وكان
 صديقاً للعباس لما كان يوم الفتح جثت يأبى الى رسول الله ، فقلت : يارسول الله يا به على الهجرة
 فأبى وقال : « أنها لا هجرة » ، فانطلق الى العباس ، فقام العباس معه ، فقال يارسول الله ، قد عرفت
 ما بين وبين فلان وأتاك بأبيه لتبايه على الهجرة فأبيت ، فقال النبي صل الله عليه وسلم :
 أنها لا هجرة ، فقال العباس : أقسمت عليك لتبايه ، قال فبسط رسول الله يده فقال : هات
 أبرزت عى ولا هجرة .

(٢) عادى بتشديد الياء . أى قديم الأرض نسبة لعاد قوم هود ، وهى عادة القوم في نسبة
 كل قديم الى عاد وان لم يدركهم .

ونهيكم عن زيارة القبور فزوروها ، ولا تقولوا هجرا ، فانه بدا لي
أنه يرق القلوب ، ونهيكم عن النبيذ في الظروف فاشربوا ولا تشربوا مسكراً .

ثم قال : فهذه الأشياء تدل على أن الله عز وجل أطلق له صلى الله عليه وسلم أن يحظر وأن يطلق بعد أن حظر لمن شاء ، ولو كان ذلك لا يجوز له في هذه الأمور لتوقف فيها ، كما توقف حين سئل عن الكلاله ، وكما توقف حين أتته المجادلة في زوجها تسأله عن الظهار ، فلم يرجع إليها قولاً ، وقال : يقضى الله عز وجل في ذلك .

والسنة الثالثة . ما سنه لنا تأديباً ، فان نحن فعلناه كانت الفضيلة في ذلك وان نحن تركناه فلا جناح علينا ان شاء الله .

والدهلوى في حجة الله البالغة (١) يتكلم على السنن فيقول :
اعلم أن ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم ودون في كتب الحديث على قسمين . أحدهما . ماسيله سبيل تبليغ الرسالة ، وفيه قوله تعالى "وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا" ، ومنه علوم المعاد وعجائب الملكوت ، وهذا كله مستند الى الوحي ، وليس للاجتهاد فيه دخل ، ومنه شرائع وضبط العبادات ، والارتفاقات وهذه بعضها مستند الى الوحي وبعضها مستند الى الاجتهاد ، واجتهاده بمنزلة الوحي ، لأن الله عصمه من أن يقرر رأيه على الخطأ ، وليس يجب أن يكون اجتهاده استنباطاً من النصوص ، كما يظن ، بل أكثره أن يكون علمه الله مقاصد الشرع وقانون التشريع والتفسير ، فيبين المقاصد المتلقاة بالوحي بذلك القانون الى أن قال ... وثانيهما . ما ليس من باب تبليغ الرسالة ، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : « إنما أنا بشر اذا أمرتكم بشيء من دينكم فخذوا به ، واذا أمرتكم بشيء من رأيي فانما أنا بشر » ، وقصة تأييد النخل ، ومنه ما فعله بالعادة دون العبادة ... الى أن قال : ومنه ما قصد به مصلحة جزئية يومئذ وليس من الأمور اللازمة لجميع الأمة ، وذلك مثل ما يأمر به الخليفة

(١) ج ١ ص ١٢٨ وما بعدها .

من تعبئة الجيوش ، ومنه قول عمر : ما لنا وللرمل كنا نترأى به قوماً أهلّكهم الله ، ثم خشي أن يكون له سبب آخر ، وقد حمل كثير من الأحكام عليه ، كقوله « من قتل قتيلًا فله سلبه » ، ومنه حكم وقضاء خاص ، وإنما كان يتبع فيه البينات والأيمان ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم ، « لعل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب » (١) .

وقريب من هذا تقسيم القرائى المالكي (٢) تصرفات الرسول الى أربعة أنواع .

تصرفات بالرسالة ، وأخرى بالفتيا ، وثالثة بالحكم ، ورابعة بالامامة تبعاً لشخصيات الرسول ، فانه رسول ومفت وقاض وامام .

فصرفه بالرسالة تبليغ عن الله للخلق ما وصل اليه عنه سبحانه من أوامر ونواه ، وتصرفه بالفتيا اخبار عن الله بما يجده في الأدلة من حكم الله تعالى . وكلاهما شرع يتقرر على الخلائق الى يوم الدين يتبع كل حكم بما بلغه اليها عن ربه بسببه من غير اعتبار حكم حاكم ، ولا اذن امام ، لأنه عليه السلام مبلغ لنا ارتباط ذلك الحكم بذلك السبب ، وخلى بين الخلائق وبين ربهم ، ولم يكن منشأً لحكم من قبله ، ولا مرتباً له برأيه على حسب ما اقتضته المصلحة ، بل لم يفعل الا مجرد التبليغ عن ربه ، كالصلاة والزكاة ، وأنواع العبادات ، وتحصيل الأملاك بالعقود من البياعات

(١) أسمل هذا الحديث أنه كان لما رية القبطية أم ابراهيم ابن عم لها قبطى يزورها كثيرًا وكثر الكلام حول ذلك ، ونهاه الذي فلم ينته ، فأرسل الرسول على بن أبي طالب ، وقال له : ان وجهته عندها فقتله ، فقال على : يارسول الله : أكون كالسكة المحمّية أم الشاهد يرى ما لا يرى الغائب ، فقال : « بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب » ، فانطلق على فلما رآه ومعه السيف صعد نخلة ثم رى يتغص على قفاه ، فاذا هو أجب أمسح ما له ما الرجال قليل ولا كثير ، فرجع على الى الرسول وأخبره فحمد الله . راجع : أمالى السيد المرتضى المتوفى سنة ٤٣٦ هـ ج ١ ص ٥٤ . وقد أشار ابن القيم في الطرق الحكيمة الى هذه القصة ص ٢٤٥ بقوله « وأمر بقتل الذى اتهم بجاريته حتى تبين أنه غصى » .

(٢) كتاب الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضى والامام ص ٢٣ وما بعدها .

والهبات وغير ذلك من أنواع التصرفات ، لكل أحد أن يباشره ، ويحصل بسببه ، ويترتب له حكمه من غير احتياج الى حاكم ينشئ حكماً ، وامام يحدد اذنًا .

وأما تصرفه صلى الله عليه وسلم بالحكم فهو مغاير للرسالة ، والفتيا ، لأنهما تبليغ محض ، واتباع صرف ، والحكم انشاء والزام منه بحسب ما نتج من الأسباب والحجج ، ولذلك قال عليه السلام « انكم تختصمون الىّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من الآخر... » الخ الحديث .

فالحديث صريح بأن القضاء يتبع الحجاج وقوة اللحن بها ، فهو منشئ وان كان متبعاً لأمر الله تعالى له بأن ينشئ الأحكام على وفق الحجاج والأسباب .

ومن أمثلة هذا النوع قضاؤه بالتليك بالشفعة ، وفسخ الأنكحة والعقود والتطليق للأعسار عند تلذذ الانفاق ، والايلاء عند الفء ونحو ذلك .

وهذا التصرف لا يجوز لأحد أن يقدم عليه الا بحكم الحاكم في الوقت الخاص اقتداء به عليه السلام ، لأنه لم يقرر تلك الأمور الا بالحكم ، فتكون أمته بعده كذلك .

وأما تصرفه بالإمامة فهو تصرف مغاير للتصرفات السابقة ، لأنه تصرف في السياسة العامة للدولة بما تقتضيه المصلحة بعد أن فوضت إليه .

ومن هذا النوع قسمة الغنائم ، وتفريق أموال بيت المال على المصالح بإقامة الحدود ، وترتيب الجيوش ، وقتال البغاة ، وتوزيع الاقطاعات من الأراضي والمعادن ونحو ذلك .

وهذا النوع لا يجوز لأحد الاقدام عليه الا باذن امام الوقت الحاضر لأنه عليه السلام انما فعله بطريق الامامة ، وما استباح الا باذنه ، فكان ذلك شرعاً مقررأ ، لقوله تعالى " فاتبعوه لعلكم تهتدون " .

وبناء على هذا التقسيم واختلاف تلك الأقسام في حقائقها ، وتنوع
آثارها ، وعدم وجود تحديد قاطع لكل نوع اختلف الأئمة في بعض تصرفات
الرسول . هل هي من قسم الفتيا والرسالة أم من قسم الامامة بعد اتصافهم
على أكثرها . فقسم اتفق على أنه تصرف بالامامة ، كالإقطاع ، وإقامة
الخلود ، وإرسال الجيوش ونحوها .

وقسم اتفق على أنه تصرف بالقضاء ، كالإزام أداء الدين ، وتسليم
السلع ، ونقد الأثمان ، وفسخ الأنكحة والعقود ، ونحو ذلك .

وقسم اتفق العلماء على أنه تصرف بالفتيا والرسالة ، كإبلاغ الصلاة
واقامتها ، وإقامة المناسك ونحوها ، وقسم وقع منه متردداً بين هذه الأقسام
اختلف العلماء فيه . ففهم من جعله من باب الفتيا ، وأنه شرع لازم
لا يتوقف على إذن من الامام ، ومنهم من ألحقه بتصرفات الامام ،
فلا يملك أحد فعله الا بعد إذن الامام ، أو جعله من باب القضاء ، فلا يجوز
لأحد أخذه الا بحكم الحاكم (١) .

ثم عد أمثلة لهذا النوع . منها قول الرسول : «من أحيأ أرضاً موأناً فهي له»
فقليل إنه تصرف بالفتيا ، فتملك الأرض الموات بمجرد الإحياء ، ولا يتوقف
على إذن الامام ، وقيل : إنه تصرف بالامامة ، فيتوقف الملك على إذن الامام
ومنها قوله لهند بنت عتبة : «خذى من ماله ما يكفيك وولدىك بالمعروف»
فقليل : هو تصرف بالفتيا فيجوز لصاحب الحق أن يأخذه أو جنسه متى ظفر به
بدون قضاء قاض ، وقيل إنه من باب القضاء ، فلا يجوز أخذ الحق الا بحكم
حاكم ، ومنها قوله عليه السلام : «من قتل قتيلاً فله سلبه» ، فقليل هو تصرف
بالفتيا فيستحق القاتل السلب بغير إذن الامام ، وسواء قال ذلك قبل المعركة
أو لم يقله ، لأنه شرع عام ، وقيل هو تصرف بالامامة ، فلا يستحق القاتل

(١) راجع أيضاً كتاب الفروق للمؤلف السابق في الفرق السادس والثلاثين ج ١ ص ٢٠٥
وتهذيب الفروق في هذا الموضع .

السلب الا اذا قال الامام ذلك وبأذنه ، لأن الظاهر أن الرسول قال ذلك لمصلحة وقتية ، قاله ترغيباً في القتال ، فيبقى على الأصل ان وجد الامام مصلحة تقتضيه قاله والا تركه (١)

وبعد . فهذه التقسيات للسنة تدل في وضوح على أن ماورد عن الرسول ليس كله تشريعاً لازماً للأمة في كل حين ، بل منه ما هو كذلك ، وهو الأغلب ، لأن وظيفته الأولى هي التبليغ ، ومنه ما هو قضاء وحكم بني على ما قام عنده من الدلائل والبيئات ، وهي وقائع جزئية يشير اليها الفقهاء في مناقشتهم كثيراً بقولهم : « قضية عين لا عموم لها » ، ومنه ما بني على المصلحة القائمة في زمنه ، وهذا يتبع المصلحة وينور معها ، والا كنا مخالفين للأمر بطاعة الرسول ، فان طاعته في أن نسلك سبيله التي سلكها فندبر هذا النوع من الأحكام على المصلحة .

يدل لذلك أن أصحاب رسول الله ، وهم حملة الشريعة والقائمون عليها من بعده غيروا بعض السنن المروية عن الرسول لما تغيرت الظروف ، لعلمهم أنها صدرت عنه عليه السلام ملاحظاً فيها حال الأمة ومقتضيات البيئة زمن التشريع دون أن تكون شرعاً عاماً لازماً في كل حال .

ولولا ذلك ما غيروا ، ونحن نعيدهم جميعاً من أن يخالفوا حديث رسول الله ، وهم يعلمون أنه دين عام ، وتشريع لازم لكل الناس في جميع الحالات وكيف يقع منهم ذلك وهم الحريصون كل الحرص على اتباع هدي الرسول و ترسم خطاه ؟

(١) الفقهاء متفقون على أن الرسول قال هذه المقالة في غزوة حنين . وأن كل مجاهد أخذ سلب من قتله يومئذ ، واختلافهم بعد ذلك جاء من جهة . هل هذا شرع عام فيستحق القتال السلب وأن لم يقل الامام ذلك ، أو هو محتمل لذلك ومحتمل لتخفيف يعني أن الرسول قاله تشجيعاً يومئذ فيحمل عليه فلا يستحقه الا اذا قال الامام هذه المقالة .

راجع تبين الحقائق لازماً ج ٣ ص ٢٥ ، وضع الجدير ج ٤ ص ٢٣٤ ، والبحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ١٠١

ومن أمثلة هذا النوع . أن القرآن أوجب الدية في القتل من غير أن يبين مقدارها ، ولا من أى الأموال تؤخذ ، كما لم يعرض لمن يدفعها .

وهنا يظهر دور السنة في البيان ، فقدرها الرسول بمائة من الابل لتحملها عاقلة الجاني ، وهم حينذاك قبيلته وعصبة أبيه . وجاء في كتابه الى أهل اليمن الذى رواه النسائي « وان في النفس الدية مائة من الابل » (١) وفي رواية لأبي داود والنسائي عن ابن عباس « أن رسول الله قضى على العاقلة بالدية في قصة المرأة التي أسقطت جنيناً » (٢) .

جعل أصل الدية من الابل ، ولكنه كان يقدرها في بعض الأحيان بالذهب أو بالفضة لمن لا ابل عندهم وبلغ تقديره لها ثمانمائة دينار ، أو عدلها من الورق ثمانية آلاف درهم .

فلما فتحت الفتوحات بعده ، ودخل في الاسلام بلدان أخرى ، وتغيرت قيمة الابل كان ما رواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار ، وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلم ، قال وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر ، فقام خطيباً ، فقال : إن الابل قد غلت ، قال : ففرضها عمر على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفي شاة ، وعلى أهل الحلال مائتي حلة » (٣)

(١) متنى الأشعار يفرح نيل الأوطار ج ٧ ص ٤٨

(٢) المرجع السابق ص ٥٨

(٣) المرجع السابق ص ٥٤ ، وما روى عن جابر أن رسول الله فرض الدية على أهل الابل مائة من الابل ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفي شاة الخ ضمنه رجال الحديث ، كما قال الزيلعي في نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٣ . والدرهم التي فرض منها عمر الدية اثني عشر ألفاً كانت من نوع من الدراهم الموجودة في زمنه كل اثني عشر درهماً تساوى ديناراً ، ثم استقر الوضع على نوع من الدراهم كل عشرة منها تساوى ديناراً ، فأصبح مقدار الدية عشرة آلاف درهم ، ولهذا جعل نصاب الذهب في الزكاة عشرين ديناراً ، ونصاب الورق مائتي درهم .

روى أن الدرهم في عهد عمر كانت ثلاثة أنواع :

ولما دون الدواوين جعل العاقلة هم أهل الديوان لأن بهم تكون النصرة (١).

وقريب من هذا أن رسول الله فرض زكاة الفطر وجعلها صاعا من تمر أو صاعا من شعير ، أو صاعا من زبيب ، بناء على ما كان عندهم من أطعمة يطعمونها ، لأن المقصود من زكاة الفطر هو اغناء الفقراء يوم العيد عن السؤال وعلى أن قيم الصاع من هذه الأطعمة كانت متقاربة ، ولهذا لما رأى معاوية قمح الشام وقيمته بالنسبة للشعير والتمر والزبيب قال في إحدى خطبه أرى مدين من سمراء الشام « يغني القمح » تعدل صاعا من تمر ، فأخذ الناس بذلك ، وساروا على أن الواجب صاع من تمر أو شعير ، أو نصف صاع من بر أو دقيقه . وقد تقدم رأى ابن القيم في ذلك (٢) .

ومن ذلك أن رسول الله أذن للنساء بالصلاة في المساجد ، كما حدثنا أبو داود (٣) بسنده إلى أبي هريرة أن رسول الله قال: « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ولكن ليخرجن تفلات » . أي غير متطيبات .

واستمر الأمر كذلك وهن يخرجن إلى المساجد بعد وفاته ، ولكن حدث أن تغيرت أحوالهن ، ففكر البعض في منعهن ، وقامت مناقشة بين المانعين

== ١ - دراهم كل عشرة منها وزن عشرة مثاقيل .

٢ - دراهم كل عشرة منها وزن ستة مثاقيل .

٣ - دراهم كل عشرة منها وزن خمسة مثاقيل .

ولما اختلف عمال بيت المال مع أرباب الأموال حين جبايتهم الزكاة ، فأراد العمال أخذها من النوع الأول ، وأصحاب الأموال يريدون دفعها من الثالث ، ورفع الأمر إلى عمر فتجمع الأنواع الثلاثة وأخذ متوسطها وهو سبعة ، وقرر أن تكون الدراهم كل عشرة وزن سبعة واستقر الأمر على ذلك في جميع المقررات الشرعية بالدراهم . راجع الأموال لأبي عبيد ، ونصب الرأية ٤ ص ٣٦١ وما بعدها ، والنسخ الرئائي بترتيب مستند الامام أحمد ج ١٦ ص ٤٧ ، وكشف الغم ج ٢ ص ١٣٦

(١) ولقد قرر الفقهاء أنه لو وجد تناصر بغير ذلك نقل الحكم إليه راجع الهداية مع فتح

التقدير ج ٨ ص ٤٠٣

(٢) في بحث تقدير الأحكام بتقدير المرف

(٣) السنن ج ١ ص ١٥٥

لهذا التغيير ، والمجوزين له المتمسكين باذن الرسول ، فيقول عبد الله بن عمر — وهو من الواقفين عند النصوص — ائذنوا للنساء بالخروج الى المساجد ، فقد أذن لمن رسول الله ، فإرد عليه ابنه واقد قائلًا : والله لا تأذن لمن فيمخذنه دغلا .

وتجيبه أم المؤمنين عائشة وتؤيد وجهة المانعين فتقول : « لو أدرك رسول الله ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بني اسرائيل »

ومن ذلك نبيه عليه السلام عن التقاط ضالة الابل حيث قال للسائل « مالك ولها دعها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » ، فلما كان زمن عثمان أمر بأخذها وتعريفها ثم بيعها وحفظ ثمنها حتى يجيء صاحبها فيأخذها ، وعلى من بعده يأمر بأخذها وعلفها من بيت المال حتى يجيء ربها .

ومن ذلك التسعير فان رسول الله لم يفعله حينما طلب منه فيما رواه أبو داود (١) من حديث العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة قال : جاء رجل إلى رسول الله فقال : يا رسول الله سعر لنا ، فقال : « بل ادعوا الله » ، ثم جاء آخر فقال : يا رسول الله سعر لنا ، فقال : « بل الله يرفع ويخفض ، وإنى لأرجو أن ألقى الله عز وجل وليس لأحد عندي مظلمة » وفي رواية الترمذي أن رسول الله قال لهم : « إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر ، وإنى لأرجو أن ألقى الله عز وجل ولا يظلمني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال » (٢) .

فالرسول لم يجهم إلى طلبهم ولم يسعر ، ولكن بعض فقهاء التابعين افتوا بجواز التسعير ، والأئمة من بعدهم جوزوا ذلك على اختلاف بينهم في وقته متى يكون ، وكيفته . كما فصله ابن القيم في الطرق الحكيمة (٣) .

(١) السنن ج ٣ ص ٢٧٢

(٢) كشف الغمة ج ٢ ص ٦

(٣) ص ٢٢٣ وما بعدها .

فهل كان حكم رسول الله في امتناعه عن التسعير شرعاً عاماً دائماً
وهؤلاء خالفوه ؟

لا نظن ذلك ، وإنما كان حكمه عليه السلام حسب مقتضيات الأمور
في وقته ، وأنه لم يحدث ما يقتضى التسعير ، كما يقول ابن القيم :
« وإنما لم يقع التسعير في زمن النبي بالمدينة لأنهم لم يكن عندهم من يطحن
ويخبز بكراء ، ولا من يبيع طحيناً وخبزاً ، بل كانوا يشترون الحب
ويطحنونه ويخبزونه في بيوتهم ، وكان من قدم بالحب لا يتلقاه أحد ،
بل يشتريه الناس من الجلابين ، ولهذا جاء في الحديث « الجالب مرزوق
والاحتكر ملعون » ، وكذلك لم يكن في المدينة حائك ، بل كان يقدم عليهم
بالثياب من الشام واليمن وغيرهما فيشترونها ويلبسونها .

ويؤيد ذلك كله أنه جاء في بعض الروايات « غلا السعر على عهد
رسول الله فقال الناس : يا رسول الله سحر لنا » ، فالذى حدث في عهده
مجرد غلاء السعر ، وهو أمر يتبع في الغالب قضية العرض والطلب .

ومن يتبع سنة رسول الله يجد أمثلة أخرى من هذا النوع .

وفي رأي أن ما فعله عمر في سواد العراق حين تم فتحها كان مبنياً
على هذا الأصل ، لأن رسول الله قسم أربعة أخماس الغنيمة على المجاهدين
لا فرق بين أرض وغيرها لما وجد المصلحة في ذلك .

فلما رأى عمر المصلحة في إبقاء الأرض وفرض الخراج عليها فعله .
فهو قد فهم أن هذا الأمر مفوض الى الرسول باعتباره إماماً يختار الأصلح
للأمة ، ولولا ذلك ما ساغ له أن يخالف بحكم رسول الله .

ويؤيد هذا ويؤكد ما رواه البيهقي أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه
قال للركن : « أما والله أنى أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ، ولكنى رأيت
رسول الله استلمك وأنا استلمك ، فاستلمته ، وقال : ما لنا وللرمل إنما راءينا
به المشركين وقد أهلكتهم الله ، ثم قال : شيء صنعه رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا نجب أن نتركه ثم رمل » .

فهذان أمران من الأمور التعبدية لم يظهر لعمر الحكمة في أولهما ،
بعد أن ظهرت له في ثانيهما وأنها انتهت ، ولكنه أثر أن يكون متبعاً فيهما
لعدم المصلحة في التغيير .

على أن في السنة نوعاً آخر كان الرسول يعزم على الأمر فيشير عليه
أحد أصحابه بأن المصلحة في غيره ، وأن تنفيذه يترتب عليه مفسدة ،
فيفزل الرسول على مشورة أصحابه .

فالبخارى يحدثنا بسند عن يزيد بن أبي عبيد مولى سلمة بن الأكوع
عن سلمة رضى الله عنه قال : خفت أزواد القوم وأملقوا ، فأتوا النبي
صلى الله عليه وسلم في نحر ابلهم ، فأذن لهم ، فلقبهم عمر رضى الله عنه
فأخبروه ، فقال : ما بقاؤكم بعد ابلكم ، فدخل على النبي فقال : يا رسول
الله : ما بقاؤهم بعد ابلهم ؟ ، فقال رسول الله : ناد في الناس بأنون بفضل
أزوادهم ، فبسط لذلك نطع ، وجعلوه على النطع ، فقام رسول الله فدعا
وبرك عليه ، ثم دعاهم بأوعيتهم فاحتسى الناس حتى فرغوا ، ثم قال
رسول الله : « أشهد أن لا اله الا الله وأنى رسول الله » (١) .

كما يحدثنا مسلم في صحيحه بسنده أن رسول الله بعث أبا هريرة ينادى
في الناس : « من قال لا اله الا الله دخل الجنة » فوجده عمر فرده ، وقال له :
ارجع يا أبا هريرة ، ثم دخل على رسول الله فقال : يا رسول الله ، أنت
قلت لأبي هريرة كنذا وكذا ؟ ، فقال له النبي نعم ، فقال عمر : لا تفعل
فانى أخشى أن يتكل الناس فخلهم يعملون ، وقد أقره النبي على ذلك
وقال : « فخلهم » .

ومن هنا جاء مارواه البخارى في صحيحه في كتاب العلم : أن النبي
صلى الله عليه وسلم كان راكباً ومعاذ رديفه على الرحل ، فقال يامعاذ
ابن جيل : قال : لييك وسعديك ، قال ما من أحد يشهد أن لا اله الا الله

صديقاً من قلبه الا حرمه الله على النار ، قال معاذ يارسول الله : أفلا أخبر
الناس فيستبشروا ، قال : « اذن يتكلموا » ثم ان معاذاً أخبر بها قبل موته
في آخر حياته خشية أن يكون ممن يكتم العلم .

من هذا كله يتجلى لنا في وضوح أن نصوص السنة - وهي أكثر
مما جاء في القرآن - لم تكن عقبة في سبيل تطور التشريع ، بل انها رسمت
طريق التطور ببيانها أن الأحكام تدور مع المصلحة ، فحيثما توجد المصلحة
فثم شرع الله .

ومما تجب ملاحظته هنا أننا لم نقصد بنقل تلك التقسيمات ، وبيان
أن في السنة نوعاً يتغير حسب المصلحة توهين أمر السنة ، وفتح باب التهجيم عليها
والتغيير فيها .

إنما قصدنا به بيان حقيقة السنة ، وأنها جاءت لتحقيق مصالح الناس
والحفاظة عليها ، بعد أن أزال العقبات من طريقها .

والكشف عن خطأ الذين فهموا أن جميع ما صدر عنه عليه السلام دين
عام لازم لا يتغير ، وأنهم بزعمهم هذا قد سبوا طعنوا عديدة لشرعة الله .

ومن جهة أخرى ننبه الى أن المقسمين أنفسهم جعلوا القسم الذي صدر
عنه باعتبار امامته من اختصاص الامام يتصرف فيه حسبما يرى المصلحة
ولم يجعلوه للأفراد أيا كانت منزلتهم حتى يقال : إنه توهين وفتح لباب
التبديل والتغيير في سنة رسول الله .

تفسير النصوص

بقى أن نعرف أن أخذ الأحكام من المصادر الثقلية « القرآن والسنة »
يتوقف على فهم مراد الشارع ، وهذا الفهم يتوقف بدوره على وضوح
معانيها ، أو تفسير ما خفى منها ، أو تأويلها التأويل السليم عند خفاء المراد
وعدم تفسيرها .

وقد قدمنا أنها متنوعة الدلالة ، فمنها ما هو قطعى فى دلالته على مراد الشارع ، فيه من الصراحة والوضوح ما يغنى الفقيه عن البحث ، ومنها ما هو ظنى فى دلالته . اما إخفاء المراد منه ، أو لما فيه من احتمال للدلالة على معان أخرى يحتاج الوقوف على غرض الشارع منه الى اجتهد المجتهدين .

ومن هنا قسم الأصوليون الألفاظ الواردة عن الشارع بالنسبة الى أصل دلالته على معانها الى ألفاظ ظاهرة الدلالة ، وأخرى خفية ، وكلاهما على درجات ، فمن ظاهر الى نص الى مفسر الى محكم ، ومن خفى الى مجمل الى مشكل الى متشابه ، كما قسموها بالنسبة الى كيفية الدلالة وطريقها الى دال بالعبارة ، ودال بالإشارة ، ودال بالدلالة ، ودال بالاقضاء ، وانقسمت الدلالات تبعاً لذلك الى أنواع أربعة . عبارة وإشارة ودلالة واقتضاء .

ومن تتبع نصوص الشارع وجد منها نصوصاً واضحة الدلالة بنفسها لا غموض فيها ، كما يجد فيها نوعاً آخر فيه غموض وإخفاء فى دلالته . بين الشارع المراد منه بنصوص أخرى . مقتصر فى بيانه على ما دعت اليه الحاجة حينذاك ، وترك ما لم توجد حاجة الى تفسيره (١) ، غير أن بيانه لم يكن فى درجة واحدة ، فنه ما كان بياناً شافياً قاطعاً أزال الغموض والإخفاء ، كما فى بيانه عليه السلام المراد من الصلاة والزكاة والحج الواردة فى القرآن مجملة ، فصلى بهم ، ثم قال : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » وأخذ الزكاة وبين أنواعها أجلى بيان ، وكذلك الحج حتى قال : « خلوا عنى مناسككم » ، فهذا البيان جاء بدليل قطعى فى دلالته فسيما الأصوليون تفسيراً ، كما سموا النص المجمل بعد هذا التفسير مفسراً ، فان كان الدليل المبين ظنياً لم يكن البيان تفسيراً بل تأويلاً ، ويسمى النص المجمل بعده مؤولاً كما فى بيان مقدار المسح بحديث المغيرة .

(١) ولذلك كان يكره منهم كثرة الأسئلة من غير حاجة لمجرد الأسئلة أو للتشدد فى المطلوب فقال لهم غائباً : « ذرونى ما تركتكم فانما أهلك من كان قبلكم كثرة مسائلهم على أنبيائهم » .

ومنه ما لم يكن كذلك ، كما في بيانه لنص الربا المجمل في قوله تعالى « وحرم الربا » حيث بيّنه في حديث تحرّمه في الأشياء الستة « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعر بالشعر والتمر بالتمر والمالح بالمالح مثلاً بمثل يدا بيد فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد » .

فإن هذا البيان لم يكن قاطعاً ، حتى قال عمر بن الخطاب : « توفي رسول الله ولم يبين لنا أبواباً من الربا » .

ومثل هذا البيان لا يسمى في عرف الأصوليين تفسيراً ولا تأويلاً وإنما يسمى تفصيلاً وإزالة للاجمال (١) .

فإذا كانت النصوص واضحة بذاتها قاطعة الدلالة وجب العمل بما ظهر منها دون العدول عنه الى غيره ، وإذا كانت مفسرة بقاطع وجب العمل بما أريد بها بعد التفسير ، ولا يجوز العدول عنه بالاجتهاد ، كما يمتنع تأويلها بمعنى غير ماورد به التفسير ، فكل تأويل في نص مفسر بين سواء كان مفسراً بنفسه أو بنص لا حتى له يخرج عن المراد به لا يلتفت اليه ، ومن هنا قيل : « لا مسامح للاجتهاد فيما فيه نص صريح » لأن تبين الشارع مراده منها بما لا شك فيه دليل على منع اعمال الفهم والاجتهاد فيما بما يخرجها عما أراده .

وإذا كانت القوانين الوضعية — وهي من صنع البشر — تمنع من مخالفة بعض النصوص ، وهي المتعلقة بالنظام العام ، فمنعت الناس من أن يتفقوا على العمل بما يخالفها ، كما منعت القضاة من الحكم بما يخالفها أو الاجتهاد في حكم من أحكامها ، فأى غضاضة في أن يكون في التشريع الاسلامي فصوص يمنع على المجتهدين مخالفتها أو الاجتهاد في موضوعها !!!

(١) جهاد في كلمة التبرير وشرحه التفسير ج ١ ص ٢٣٤ : المجمل إذا ابلغه البيان خرج عن الاجمال بالاتفاق بين الحنفية والشافعية . وسمي ميئاً عند الشافعية ، والحنفية قالوا : ان كان البيان شافياً رافقاً للاجمال رأساً بقطعي ففسر كبيان الصلاة والزكاة ، وان كان البيان بظني فقول كبيان مقدار المسح بحديث المنيرة ، أو كان البيان غير شاف خرج المجمل عن الاجمال الى الاشكال كبيان العدد بالحديث الوارد في الأشياء الستة فانه يبق في الاشكال بعد ما ارتفع الاجمال باعتبار مناط الحكم ، هل هو الجنس والعدد ، أو العلم أو غير ذلك .

أما إذا كانت النصوص مبينة بغير قاطع أو كان بيانها غير شاف ،
أو لم يرد لها بيان أصلاً فإنه لا يمتنع الاجتهاد فيها ، بل إن مسلك الشارع
فيها يؤذن بالاجتهاد إن لم يكن أمراً به ، وهذه يكون للتأويل مجال فيها ،
مع ملاحظة أن الأصل فيها هو حملها على ما يتبادر منها حتى يوجد دليل يدل
على خلاف ذلك فيعمل بمقتضى الدليل .

فالنص العام الظاهر في إرادة العموم مع احتماله للتخصيص ليس قاطعاً
في أحد الأمرين ، فيحمل على ظاهره ، وهو العموم ولا ينتقل منه إلى الآخر
إلا إذا وجد دليل التخصيص .

وكذلك المطلق يحمل على إطلاقه حتى يوجد دليل التقييد ، وهكذا
في كل محتمل .

فقوله تعالى " حرمت عليكم الميتة والدم " ظاهر في تحريم كل ميتة
وكل دم ، ولكن هذا العموم غير مراد للشارع ، لوجود ما يصرفه عنه ،
وهو قوله تعالى " قل لا أجد فيها أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون
ميتة أو دماً مسفوحاً " ، فإنه خص الدم المحرم في الآية السابقة بالمسفوح
بعد أن كان ظاهراً في كل دم ، وحديث " أحلت لنا ميتتان ودمان ،
فأما الميتتان فالحوت والجراد ، وأما الدمان فالكبد والطحال " (١)

وكذلك قوله تعالى " والمطلقات يربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " (٢)
فإنه يتبادر منه أن كل مطلقة عدتها ثلاثة قروء نظراً لعموم لفظ المطلقات ،
ولكن هذا العموم غير مراد للشارع ، لوجود الدليل الصارف له عن العموم
فقوله تعالى " وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " (٣) ، وقوله في المطلقات
قبل الدخول " فالحكم عليهن من عدة تمتلئنها " (٤) فهذان النصان يبينان

(١) متفق الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٨ ص ١٢٢

(٢) البقرة - ٢٢٨

(٣) الملاق - ٤

(٤) الأحزاب - ٤٩

أن من المطلقات من تعتد بوضع الحمل ، ومنهن من لاعدة عليها فصرف
العموم في الآية الأولى عن ظاهره الى الخصوص .

فاذا لم يوجد دليل صحيح يصرف اللفظ عن ظاهره حمل على ما يتبادر
منه ، ولا يجوز صرفه عنه بغير دليل ، كما لا يجوز صرفه الى معنى بعيد
لا يحتمله اللفظ ، لأنه يكون تأويلاً بعيداً غريباً .

ومن هنا قسموا التأويل الى قريب من الفهم يترجح بمرجع ما وهو
القرينة ، ويبعد عنه ، وهو لا يصار اليه الا بباطل قوي ، وأنكروا
على فقهاء الحنفية بعض التأويلات لبعدها عن الفهم وغرابتها مع مقصود
الشارع (١) .

فأنت ترى أن للشارع تفسيراً واضحاً قاطعاً في بيان مراده ، وبه يخرج
النص عن كونه محلاً للاجتهاد ، وله تفسير آخر ليس قاطعاً ، لذلك سماه
العلماء تأويلاً أو تفصيلاً للحمل ، وهذا البيان لا يغلط باب الاجتهاد ،
بل العكس هو الصحيح انه اذن صريح به .

ولما لم يفسر الشارع كل شيء تفسيراً قاطعاً كان للفقهاء المجتهدين
نصيب منه سمي في الاصطلاح - في أغلب صوره - بالتأويل .

وان كان لا يوجد مانع لغة ولا عرفاً يمنع من تسميته تفسيراً ، ومجال
هذا واسع ، فتفسير لألفاظ النص ليتبين مراد الشارع ، الى الجمع بين
التصوص عند تعارض ظواهرها ، الى استنباط علل التصوص لتتسع دائرتها
فيدخل في أحكامها ما يتساوى مع موضوعها في علة التشريع بطريق القياس

(١) راجع التحرير بشرح التيسير ج ١ ص ٢١٠ وما بعدها . وشرح مسلم الثبوت
ج ٢ ص ٢٢ وما بعدها . من هذه التأويلات تأويلهم لقوله تعالى في كفارة الظهار " فاطمات ستين
مسكياً " المراد . اطعام طعام ستين مسكياً . اذ حاجة واحد في ستين يوماً كحاجة ستين مسكياً .
وقوله في حديث " ايما امرأة نكحت نفسها من غير اذن وليها فنكاحها باطل " : ان المراد
به الصغيرة والأمة والمكاتبه والمتوعدة ، أو أنه يقول الى البطلان غالباً لاعتراض الولي .

الى الاستثناء من عمومات النصوص والأقيسة عند التطبيق رفعاُ لخرج
أو تحصيلاً لمصلحة أو دفعاً لمفسدة ، فإذا لم يكن شيء من ذلك اتجه المجهّد
نحو العرف ان وجده ، وإلا عمد الى مقاصد التشريع العامة يطبقها في حذر .

والمجهّد في كل هذه المسالك يفتش عن حكم الشارع ومقصوده ،
فهو مقيد بذلك ممنوع من اتباع الهوى ، والميل عن الطريق المستقيم ،
فان وفق وأصاب كان صاحب الأجرين ، وان كانت الأخرى كان معذوراً
مأجوراً على ما بذله من جهد .

ومن هنا نستطيع أن نقول : ان للتفسير نوعين . تفسير المشرع نفسه
وتفسير آخر يقوم به الفقهاء عند استنباطهم الأحكام من النصوص للافتاء ،
والقضاة المجهّدون عند الفصل في الخصومات التي تعرض عليهم ، وهذا النوع
لم يوجد الا بعد انتهاء عصر الرسالة ، بعد انتهاء عصر التشريع على الحقيقة
في عصر التطبيق ، في عصر الاجتهاد .

مدارس التفسير

على أن الفقهاء لم يسيروا في التفسير على طريقة واحدة ، بل كانت
لهم طرائق متنوعة .

واذا كان للتفسير عند رجال القانون الوضعي مدارس مختلفة في مناهجها
فقد كان له مدارس عند الفقهاء المسلمين . بيد أن هذه كانت لها الأسبقية
الزمنية على مدارس تفسير القانون تبعاً لأسبقية الاسلام على تلك القوانين ،
فقد ظهرت هذه المدارس عند المسلمين في أواخر القرن الأول الهجري ،
وأوائل القرن الثامن الميلادي عندما تكونت مدرسة أهل الحديث ومدرسة
أهل الرأي ، واعتدل فيهما المعتدلون ، وتغالى آخرون ، بينما لم تظهر
المدارس القانونية الا في أوئل القرن التاسع عشر .

ومما يلاحظ هنا أن هذه المدارس تتشابه ، فكل مدرسة من مدارس
تفسير القانون الثلاثة لها نظير من مدارس التفسير عند الفقهاء تقاربها

فى الطريقة ، الأمر الذى يحمل على الظن بأن المتأخرة أخذت من المتقدمة أو رسمت خطوطها على ضوءها على الأقل ، بعد أن أخذت تلك القوانين من الفقه الإسلامى الكثير من الأحكام .

فدرسة التزام النص التى قدست نصوص التشريع ، بل وترتيبها حتى لكان نصوصه تنزىل من عند الله — على حد تعبير الدكتور كيره (١) — فحاولت الوقوف على ارادة المشرع وقت التشريع لوقت التطبيق بالبحث عن ارادته الحقيقية ان أمكن الوقوف عليها ، والا فيبحث عن ارادته المفترضة ، فتفسير النصوص عند أصحاب هذه المدرسة يكون تفسيراً لفظياً لغوياً اذا كان النص واضحاً ، والا رجع المفسر الى عناصر خارجية ، كمحاكمة التشريع أو الأعمال التحضيرية أو غيرها ، فاذا لم يوجد شيء من ذلك لجأ الى الاستنباط بطريق القياس ، أو من باب أولى ، أو من مفهوم المخالفة ، فاذا لم تفلح طرق الاستنباط فى إيجاد حلول لفروض العمل الجديدة يلجأ المفسر الى استخلاص المبادئ والنظريات العامة من نصوص التشريع المختلفة وينسبها الى المشرع قبل أن يعتمد عليها فى استخراج الحلول اللازمة لما جدد من فروض .

وهذه المدرسة تشبه الى حد ما مدرسة أهل الحديث الذين يقفون عند النصوص يحملونها معانى كثيرة بطريق القياس أو مفهوم الموافقة أو المخالفة بأنواعه ، ولا يخرجون عن مقتضى النص حتى ولو تغيرت العلة التى من أجلها شرع الحكم ، أو كان النص وارداً لحالة خاصة ، فيجعلونه شريعاً عاماً أبدياً لازماً .

وإذا كان هؤلاء علمهم فى تقديس نصوص تشريعية نزل بها الوحي من عند الله فأى علم لأولئك الذين يقديسون نصوصاً تشريعية من وضع البشر تغير عليها الزمن وتبدلت ملبساتها ١٩

(١) أصول القانون ص ١٦ وما بعدها .

والدرسة الاجتماعية التي ظهرت في ألمانيا ، وتسير في تفسير النصوص على وفق ما تكون عليه الظروف وقت التفسير ، وليس لازادة المشرع عندها قيمة في ذاتها .

وطريقة هذه المدرسة تشبه الى حد كبير طريقة نجم الدين الطوفي الحنبلي الذي ذهب في العمل بالمصالح مذهباً جاوز فيه الحد ، فجعلها قاضية على النصوص والاجماع وسائر الأدلة ، فطريقته تتلخص في أن العبرة بالمصلحة المتفقة مع الظروف القائمة ، وافقت غرض الشارع وقت التشريع أم خالفته ، وهذه الطريقة نقدها العلماء نقداً جارحاً تعدها الى عقيدة صاحبها ، فلم نجد لها أنصاراً يؤازرونها الا من شذ وقصد اتباع هواه تحت ستار المصلحة الشرعية .

والدرسة العلمية التي جاءت تحارب المدرستين السابقتين ، تحارب في الأولى عبودية النص ، وأنها تلجأ الى طرق لا يؤمن معها الخطأ ، كمنهج المخالفة ، مع أنها تؤدي الى جمود القانون وعرقلة تطوره .

وفي الثانية اخراجها للتفسير عن وظيفته بجعله تعديلاً أو الغاء لنصوص التشريع ، فلا يكون للقانون عندها ثبات ولا استقرار .

وطريقة هذه المدرسة أنه يجب الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية لا المفترضة وقت التشريع ، فإذا لم توجد نصوص من التشريع تواجه ما يعرض في العمل من فروض ، فيلجأ في تلمس حلولها الى المصادر الرسمية الأخرى للقانون ، كالعرف ، فان عجزت المصادر الرسمية للقانون عن اعطاء الحلول اللازمة يتجه الى البحث العلمي الحر ، ويقصد بذلك رجوع المفسر الى جوهر القانون بمقتضاه المختلفة ، يستلهم منها الحلول المطلوبة .

نجحت هذه المدرسة وكان لها الغلب في النهاية ، وسار على طريقها كثير من شراح القانون ، واتبعها المشرع المصري ، وهي تشبه الطريقة التي سار عليها جمهور الفقهاء الذين يعملون بالمصلحة والاستحسان ،

لأن العمل بهما عمل بروح التشريع لابتنائهما على قاعدتين من قواعد العامة ، هما جلب المصالح ودفع المضار ، ورفع الخرج عن الناس ، وهى الطريقة المفضلة فى الفقه الاسلامى .

المصادر التبعية

وإذا ما جاوزنا دائرة النصوص وعممنا نحو المصادر الأخرى التى تدخل فى تفسير النصوص وجدناها واسعة الرحاب تجعل من الفقه الاسلامى فقهاً واقعياً بكل ما تحمل هذه الكلمة من معان جلية ، فن اجماع الى قياس الى استصلاح الى استحسان الى غير ذلك .

وهذه المصادر لو استعملت على وضعها السليم الذى سار عليه الرعيل الأول من فقهاء الاسلام من لدن الخلفاء الى عصر تكوين المذاهب الفقهية لما وجد العاملون بهذا الفقه حرجاً ولا مشقة ، ولما ضاق عندهم عن تقبل كل جديد معقول .

الاجماع

أما الاجماع فتقوم فكرته على مبدأ الشورى المشروعة فى الاسلام ، وهى من الأمور الأساسية فيه ، بدليل أن القرآن قرن بها بالاستجابة لله ، ووضعها بين إقامة الصلاة والاتفاق فى سبيله فى وصف المؤمنين فى قوله سبحانه "والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم وبما أوزعناهم ينفقون" (١) .

وقال الله أمر رسوله بها مع نزول الوحي عليه فى قوله جل شأنه "وشاورهم فى الأمر" (٢) . أمره بالمشاورة بعد ما استشارهم فى غزوة أحد فأشاروا عليه بالخروج من المدينة للملاقاة العدو خارجها ، مع أنه كان من رأيه البقاء

(١) الشورى - ٣٨

(٢) آل عمران - ١٥٩

فيها والدفاع عنها ، وترتب على أخذهم برأيهم هزيمة المسلمين ، فأمره بالعفو عنهم والاستغفار لهم والمشاورة "فأعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم في الأمر" ، ولعل طلب العفو والاستغفار كان لما وقع منهم من المخالفة لرأيه في أثناء الموقعة .

والقرآن لم يحدد صورة خاصة للشورى ، لاختلاف النظم الشورية باختلاف الأمم والأزمان ، كما لم يشترط لتحقيقها عدداً خاصاً . والرسول عليه السلام في مشاوراته لم يكن يستشير كل أحد أو جميع أصحابه ، بل استشار أصحاب الرأي الناضج منهم ، وقال لعل لما سأله عن الأمر ينزل بهم ليس فيه قرآن ولا سنة : "اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد".

وعلى هديه سار الخلفاء الراشدون من بعده ، فأبو بكر كان يجمع رؤوس الناس وخيارهم ، وكذلك عمر إلا أنه كانت له شورى خاصة ، وأخرى عامة يجمع الناس في المسجد بنداء « الصلاة جامعة » ، ويعرض عليهم الأمر ، وشورى خاصة يستشير فيها عثمان وعلي بن أبي طالب وعبد الرحمن ابن عوف والعباس وزيد بن ثابت ، فكان إذا رفعت إليه حادثة يقول : ادعوا لي علياً ، وادعوا لزيداً ، وادعوا عبد الرحمن بن عوف الخ ، ويستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه .

ويظهر لي من تتبع مواضع إجماعاتهم أنها لم تكن الا نتيجة رأى الأغلبية المكونة من رؤسائهم وخيارهم ، ولم ينقل لنا أن أحداً من الخلفاء عطل العمل بما وصلوا إليه بالمشورة حتى يقف على رأى من كان خارج المدينة . نعم إن عمر منع كبار الصحابة وأهل الرأى من الخروج من المدينة ليسهل الرجوع اليهم فيما يعرض له من مشاكل ، ولكننا مع ذلك لا نستطيع الجزم بأن هؤلاء - على فرض اتفاقهم في الرأى - هم كل المجتهدين في عصره حتى يشترط في الاجماع اتفاق جميع المجتهدين .

... فيكون إجماع الصحابة عبارة عن اتفاق رؤسائهم أو الأغلبية . أصحاب
الرأى الناضج فيهم ، ولهذا كان إجماعهم مهلاستقام به أمرهم ، وكان عاملا
من عوامل مرونة التشريع الاسلامي أمام حوادث الأيام المتجددة والمدنيات
المتنوعة .

أما الإجماع الذي صورته الأصوليون بأنه اتفاق جميع المجتهدين من هذه
الأمة في أنحاء الدولة الاسلامية في عصر من العصور فلن يتحقق الا من طريق
الصدقة ، أو فيما علم من الدين بالضرورة . وصدق الشافعي اذ يقول :
« من أدعى الإجماع فهو كاذب ، لعل الناس يختلفوا » .

ولو سار حكام المسلمين في جميع العصور على طريقة الخلفاء الراشدين
لما تخلف الفقه الاسلامي عن التطور ، ولما حلت محله القوانين الوضعية
الغربية في بقعة من بلاد الاسلام .

القياس

وأما القياس فيرجع في أصله (أولا) الى تعليل الشارع الأحكام مبنياً
أنه شرعها لما يترتب عليها من تحقيق مصلحة من جلب منفعة ، أو دفع مضرة
أو رفع حرج ، وكل أحكام التشريع الاسلامي ترجع الى واحد من هذه الأمور

(وثانياً) الى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقيسة
في اجتهاداته ، وأقيسة أصحابه ، فالتعليل مع تطبيق الرسول واصحابه
هنا أساس القياس في الفقه الإسلامي .

وعلى هذا يكون مدار القياس على تساوي الحوادث الجديدة بالحوادث
المنصوص عليها في العلال والمصالح ، « فإدام الحكم الذي يراد تشريعه
في المسكوت عنه يحقق مصلحة للناس فهو حكم شرعي صحيح ، وليس بلازم
أن يوجد للمصلحة الجديدة نظير بشخصها وذاتها ، بل يكفي اندراجها
تحت جنس مصلحة أخرى » اعتبره الشارع كما يقول علماء الجنتية :
ان كل مصلحة اعتبر الشارع جنبها تصلح علة للحكم شرعي اعتبر الشارع جنبه .

فإذا وجدنا الشارع أباح تصرفاً من التصرفات لحاجة الناس إليه صح أن يقاس عليه تصرف آخر ثبتت حاجة الناس إليه لاشتراك التصرفين في كون كل منهما رافعاً للحرج عنهم .

فالأصل في التعليل أن يكون بالمصلحة ، وهو المأثور عن الفقهاء في عصور الاجتهاد ما كانوا يعللون الابهـا (١) ، وعدول الأصوليين عن التعليل بالمصلحة إلى التعليل بالأوصاف الظاهرة المنضبطة ليس ابطلاً للتعليل بها ، وإنما هو من أجل الضبط .

يدلنا على ذلك أنهم شرطوا في صحة التعليل بالوصف الظاهر . أن يكون مشتملاً على حكمة تبث المكلف على الامتثال ، وتصلح شاهداً لاناظة الحكم بالعلة كحفظ النفوس مثلاً .

وصرحوا بأن العلة على الحقيقة هي المصلحة ، والوصف الظاهر ضابط لها فقط .

يقول امام الحرمين في غير موضع من كتابه البرهان : « إن الأصوليين أرادوا ضبط التعليل بضوابط حتى لا تترك لأصطلاح كل واحد ، فيقع الخلط في الاجتهاد ، بعد أن قرر أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يعللون بالمصالح ، ويثبتونها في اجتهادهم ، ولكنهم لم يضبطوا هذه المسالك ، وأن الرواة لم يضبطوها كذلك » .

والغزالي في المستصفى (٢) يصرح بأن المصلحة هي التي توجب الحكم ولكن لما كانت سرّاً قد لا يطلع عليه علل بالوصف الذي هو مقننها .

والشاطبي في موافقاته (٣) يقول : « وأما العلة فالمراد بها الحكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الإباحة ، والمقاسد التي تعلقت بها التواهيـ

(١) راجع رسالتنا « تعليل الأحكام » في بحث التعليل بالحكمة .

(٢) ٢ ج ص ٣١٠

(٣) ١ ج ص ٢٦٥

ثم قال : «فعلی الجملة . العلة هی المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظهرها كانت ظاهرة أو غير ظاهرة منضبطة أو غير منضبطة » .

ويقول القرافی فی مختصر التنقيح (١) : « والحكمة هی التي لأجلها صار الوصف علة ، كذهاب العقل الموجب لجعل الاسكار علة » . . والمظنة هی الأمر المشتعل علی الحكمة الباعثة علی الحكم اما قطعاً كالمشقة فی السفر ، أو احتمالاً كوطئ الزوجة بعد العقد فی حقوق النسب ، فما خلا عن الحكمة فليس بمظنة » .

والكمال بن الهمام فی تحريره یصرح فی غير موضع : « بأن العلة الحقيقية للحکم هی الأمر الخفی المسمى حکمة ، وأن الوصف الظاهر مظنة العلة لا نفس العلة ، لكنهم اصطلاحوا علی اطلاق العلة علیه » .

ويقول عضد الدين فی شرحه لمختصر ابن الحاجب (٢) : « فلو وجدت حکمة مجردة ، وكانت ظاهرة بنفسها منضبطة بحيث يمكن اعتبارها ومعرفتها جاز اعتبارها وربط الحكم بها علی الأصح ، لأننا نعلم قطعاً أنها المقصودة للشارع واعتبر المظنة لأجلها لما نفع خفاؤها واضطرابها ، فاذا زال المانع من اعتبارها جاز اعتبارها قطعاً » .

هذا وقد عرف الأصوليون الوصف المناسب الذي یصبح التعليل به . بأنه الوصف الذي لو شرع الحكم معه يكون فی تشريعه جلب نفع أو دفع ضرر . أو رفع حرج .

ومن ذلك كله نعرف أن أساس التعليل بناء الحكم علی المصلحة .

ولو وقف الفقهاء بالقياس فی حدود هذه الدائرة ، دائرة المصلحة لما يشد قياس عن تحقيق المصلحة للناس ، ولكن المتأخرين منهم أغفلوا هذا الأصل ، وساروا بالقياس وراء مجرد الشبه ، فحرموا الكثير مما تدعو حاجة

(١) ص ١٢٤

(٢) ج ٢ ص ٢١٤

الناس اليه ، ولو لاحظوا أن التحريم في أصله محدود الدائرة ، وأن الشارع فصل المحرمات "وقد فصل لكم ما حرم عليكم" ، وأن الأصل في الأشياء الإباحة ، وأن الشارع لم يرد التضييق على الناس بالشرع ، بل انه جعله رحمة لهم ، لو لاحظوا ذلك كله مع فتحه باب الاستثناء عند الضرورة والحاجة لما اندفعوا في هذا الطريق يحرمون على الناس أشياء وأشياء بمجرد الأشياء البعيدة .

وان هذا التحريم يؤول في نهايته الى أنه تحريم بغير دليل شرعى معتبر ، فيصدق عليه مقالة الامام ابن تيمية في فتاويه : « اننا ان حرمانا ما جرى بين الناس في المعاملات العادية من عقود وشروط بغير دليل من الشارع كنا قد حرمانا ما لم يحرمه الله » .

الاستحسان

على أن الفقهاء الذين اعتدلوا في العمل بالقياس لم يلتزموا سننه في كل جزئياته ، بل ساروا معه ما استقامت لهم الأمور ، فاذا التوى بهم ، أو بان منه العنت والخرج تركوه ، وبحشوا عن طريق آخر ليخرج الناس من الحرج والضيق الى السعة واليسر عملا بقواعد الشريعة الكلية المستنبطة من نصوصها وأحكامها « اذا ضاق الأمر اتسع » (١) ، « والضرورات تبيح المحظورات » « والمشقة تجلب التيسر » .

وهذا الطريق الآخر هو المعبر عنه عندهم بالاستحسان ، وهو بوجه عام يرجع الى ترك العمل بالدليل في بعض جزئياته لما يجلب من المشقة أو الحرج ، والعمل بدليل آخر يرفع تلك المشقة ، ويدفع ذلك الحرج .

وقدما كثر الخلاف في الاستحسان بين الأئمة وأتباعهم ، فخلافا في اعتباره والاعتداد به ، وآخر في تعريفه وبيان المراد به ، وثالث في تفصيل أنواعه .

(١) يقول الحموى في غمز عيون البصائر شرح الأشياء والنظائر ج ٢ ص ١٥٢ : « المراد بالاتساع الترخص عن الأتية وطرد القواعد ، والمراد بالضيق المشقة » .

ولا يعيننا هنا تفصيل هذا الخلاف ولا الفصل فيه ، بل سنكتفى بالكلام عليه باعتباره مظهراً من مظاهر الواقعية في الفقه الاسلامي ، حيث انه في أغلب صورته يأتي على هيئة الاستثناء من القواعد الكلية ، أو من تطبيقات الأقيسة الفقهية ، وهو بهذا المعنى لا يستطيع أحد انكاره ، لتقرر أصله في القرآن ، والسنة من ورائه مؤكدة ومبينة ، يقول الله تعالى بعد هذه أنواعاً من المحرمات "إلا ما اضطررتم إليه" ، وفي آية أخرى يقول "فن اضطر غير باغ ولا عاد فلا أثم عليه" .

والرسول يطبق ذلك ، فيحرم شجر الحرم وحشائشه ، ثم يستثني الاذخر استجابة لسؤال عمه العباس الذي بين له حاجتهم اليه ، وعدم استغنائهم عنه ، كما ينهى عن بيع ما ليس عند الانسان ، ويرخص في السلم ، وهو نوع من المنهى عنه ، وينهى عن بيع الرطب بالتمر خرصاً وتخميناً ، ثم يرخص في العرايا ، وهي فرد من أفرادها ، وينهى عن الربا ويبيح القرض ، وهو نوع منه للحاجة . وينهى الرجال عن لبس الحرير ، ثم يرخص في لبسه اذا وجدت حاجة اليه ، أو مصلحة في لبسه (١) . وغير ذلك كثير تجدده في ثنايا السنة الصحيحة .

فالذي ينكر ذلك يكون منكراً لأصل من الأصول الشرعية ، وهو تشريع الرخصة التي يقول الرسول في شأنها : « ان الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه » .

(١) جاء في زاد المعاد ج ٢ ص ٨٧ وما بعدها . روى في الصحيحين من حديث قتادة عن أنس بن مالك قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف والزبير ابن العوام رضي الله عنهما في لبس الحرير لحاجة كانت لهما ، ثم قال : روى النسائي من حديث أبي موسى الأشعري عن النبي أنه قال : « أن الله أحل لاناث أمي الحرير والذهب وحرهما حل ذكرهما » وفي رواية لقيط بن الربيع عن خزيمة قال : سمى رسول الله عن لبس الحرير والديباغ وأن مجلس عليه ، وقال : « هو لم في الدنيا ولكم في الآخرة » .

ويقول ابن القيم بهذا : ان حديث الرخصة يفيد أن الحرير محرم على الرجال الا للحاجة ومصلحة واضحة ، فالحاجة اما من شدة البرد ولا يجد غيره ، أو لا يجد ستره سواء ، ومنها الباسه الجرب والمرض والحكة .

فان قالوا : اتنا نقف بالاستثناء عندما وقفت النصوص لانتعدها ،
والا كنا مشرعين بالهوى من غير دليل . قلنا لم : ان قول الله عز وجل
”إلا ما اضطرتم اليه“ وما في معناه من الآيات الأخرى يعتبر مبدأ عاماً
وقاعدة كلية فصلت منه السنة ما اضطر اليه الناس في زمن النبوة ، وتركت
باب التفصيل مفتوحاً من غير اغلاق ، وأذنت للمجتهدين في دخوله ليشرعوا
منه على مصالح الناس ، فرفعوا عنهم الحرج تطبيقاً لقوله سبحانه ”وما جعل
عليكم في الدين من حرج“ ، وليجعلوا به شريعة الله رحمة لعباده ، كما أرادها
سبحانه ”وما أرسلناك الا رحمة للعالمين“ .

الصحابة والاستحسان

والاستحسان بهذا المعنى عمل به الصحابة في وقائع عديدة ، فقد حكموا
بإرث المرأة التي طلقها زوجها في مرض موته مع أن الأصل انتهاء الإرث
بانتهاء العلاقة الزوجية ، لزوال الموجب للميراث ، وهو الزوجية .

كما قضوا بتضمين الصانع مع أنهم مؤتمنون ، والمؤتمن غير ضامن .
وحكموا بتأييد تحريم المرأة التي تزوجت في عدتها على من تزوجها ،
مع أن الأصل حل المعتدة للأزواج اذا انتهت عدتها ، لا فرق بين زوج
وأخر .

وقد أفتوا بمشاركة الأخوة الأشقاء للأخوة لأم في سهمهم من الميراث
في المسألة المشتركة ، وهي ما اذا توفيت عن زوج وأم وأخوين لأم
وأخوة أشقاء ، مع أن الأصل المقرر ، أن العاصب لا يرث الا بعد استيفاء
أصحاب الفروض فرائضهم (١) .

فهذه الأحكام والفتاوى صدرت منهم تطبيقاً لمبدأ الاستثناء بناء
على ما اقتضته المصلحة ، وهو مما يصدق عليه حد الاستحسان ، والأئمة
من ورأيهم يعملون بالاستثناء ، ويسمونه استحساناً .

(١) راجع السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ١٢٢ ، وكنز العمال ج ٢ ص ١٩١ ، والخراج
للأبي يوسف ، وتاريخ التشريع للشيخ الخضرى .

الأئمة والاستحسان

عمل به أبو حنيفة ومالك وابن حنبل رضى الله عنهم : والشافعى وان أنكره وبالف في رده الا أنه لا يستطيع انكار أصل الاستثناء .

يقول الشاطبي في موافقته : (١) قاعدة الاستحسان عمل بها مالك ، وهو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلى ، ومقتضاه الرجوع الى تقديم الاستدلال بالمرسل على القياس ، فان من استحسن لم يرجع الى مجرد ذوقه وتشبيهه ، وانما يرجع الى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التى يقتضى القياس فيها أمراً الا أن ذلك الأمر يؤدى الى فوت مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك ، وكثيراً ما يتفق هذا فى الأصل الضرورى مع الحاجى ، والحاجى مع التكميلى ، فاذا كان القياس يؤدى الى الحرج أو المشقة فى بعض موارد استثنى موضع الحرج ، قال : وله فى الشرع أمثلة كثيرة .

كالقرض فانه ربا فى الأصل ، لأنه الدرهم بالدرهم الى أجل ، لكنه أبيع لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين بحيث لو بقى على أصل المنع لكان فى ذلك ضيق على المكلفين .

ومثله بيع العرية بخرصها تمراً ، فانه بيع الرطب باليابس ، لكنه أبيع لما فيه من رفع الحرج ، ومثله الجمع بين المغرب والعشاء للمطر ، وجمع المسافرين ، وقصر الصلاة ، والفطر فى السفر الطويل ، وصلاة الخوف ، وسائر الترخيصات التى على هذا السبيل ، فان حقيقتها ترجع الى اعتبار المال فى تحصيل المصالح أو درء المقاسد على الخصوص ، حيث كان الدليل العام يقتضى منع ذلك ، لأنها لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى الى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة ، فكان من الواجب رعى ذلك المال الى أقصاه .

(١) ج ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها .

ومثله الاطلاع على العورات في التداوى ، والقراض والمزاولة والمساقاة وان كان الدليل العام يقتضى المنع فالقاعدة العامة في العورات تحريم رؤيتها ولكنها استحسن للرفع الضرر ، كما أن قاعدة المبادلات تمنع المزاولة والمساقاة لجهالة البديل فيهما ، ولكنهما استحسننا للحاجة .

فهذه الأمثلة التي ذكرها تدل على أن الاستحسان استثناء من مقتضى الأدلة والقواعد المأخوذة منها .

ولقد صرح في الاعتصام (١) بأن الاستحسان استثناء ، فقال بعد ذكر أمثلة الاستحسان : «فان قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان قلنا نعم الا أنهم صوروا الاستحسان تصوير الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح» .

كما نقل تعريف ابن العربي له في موضع آخر (٢) . بأنه ايثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته .

وابن الأتباري (٣) يعرفه : بأنه استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي ، ويقول : إنه الظاهر من قول مالك .

وابن رشد يقول : الاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس . هو أن يكون طرْحاً لقياس يؤدي الى غلو في الحكم ومبالغة فيه ، فعُدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع .

ومن هنا أجاز المالكية قبول شهادة غير العلول اذا كان القاضي في بلد يندر فيه الشهود العلول .

كما أجاز الايصاء الى غير العدل دفعاً للمشقة .

(١) ج ٢ ص ٣٢٤

(٢) المريج السابق ص ٣٢٠

(٣) ارشاد الفحول ص ٢١٢

وقد أفق مالك بتضمين الصانع المؤثرين في الأعيان بصنعتهم ، كما أفق بتضمين الحالين للطعام والإدام دون غيرهم (١) .

هذا هو تصوير المالكية للاستحسان ، والخفية لا يبلغون عنهم كثيراً بل يتفوقون معهم في أنه في غالب صوره استثناء من مقتضى الأدلة .

فأبو الحسن الكرخی منهم يعرفه : بأنه عدول المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول .

وهو تصوير له بأنه استثناء جزئية من قاعدة كلية بدليل أقوى لدفع المشقة ورفع الخرج عن الناس والتيسير عليهم والرفق بهم كما تقتضي نصوص الشريعة الكثيرة .

والسرخسی يقرر ذلك (٢) في صراحة فيقول : كان شيخنا الامام يقول : الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس ، وقيل الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يتلى فيه الخاص والعام ، وقيل هو الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة ، وقيل الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة ، وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل في الدين ، قال الله تعالى " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " ، وقال صلى الله عليه وسلم « خير دينكم اليسر » ، وقال لعل ومعاذ رضى الله عنهما حين وجههما الى اليمن : « يسرا ولا تعسرا قربا ولا تنفرا » ، وقال صلى الله عليه وسلم : « ألا إن هذا الدين متين فأوغلوا فيه برفق ولا تبغضوا عباد الله عباد الله ، فإن المنبت لا أرضاً قطع ولا ظهراً أبقى » .

ومن يتبع مواضع الاستحسان في الفقهاء الجفنى يجد بها الا القليل منها ترجع الى قاعدة الاستثناء من عموم الأدلة والقواعد .

(١) تضيح الفصول لقرافي ص ٢٠٣

(٢) المبسوط ج ١٠ ص ١٤٥ كتاب الاستحسان .

وهذا الاستثناء قد يكون بالنص ، كما في السلم « مبي عن بيع المعلوم
ورخص في السلم » .

وقد يكون بالأثر كما حدثنا به أبو يوسف في كتاب الخراج (١)
« وإذا رأى الإمام أو حاكمه رجلاً قد سرق أو شرب محرماً أو زنى فلا ينبغي
أن يقيم عليه الحد برؤيته لذلك ، حتى تقوم به عنده بينة ، وهذا استحسان
لما بلغنا في ذلك من الأثر ، فأما القياس فإنه مضى ذلك عليه ، ولكن بلغنا
نحو من ذلك عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، فأما إذا سمعه يقر بحق
من حقوق الناس فإنه يلزمه ذلك من غير أن يشهد به عليه » .

وقد يكون بالإجماع . كما قالوا في الاستصناع : إنه جائز مع أنه من بيع
المعلوم انتهى عنه ، فعلة الناس لحاجتهم وأقربهم المحبسون على ذلك في سائر
العصور .

وقد يكون استثناء بالضرورة . كقولهم (٢) يجوز الشهادة على الشهادة
في كل حق لا يسقط بالشبهة وقبولها إذا مات الأصول ، أو غابوا في مكان
لا يصل إليه إلا بعد ثلاثة أيام أو أكثر ، أو مرضوا مرضاً يمنعهم
من حضور مجلس القضاء ، مع أن الأصل في الشهادة المعاينة ، وهؤلاء
لم يعاينوا ، فاستثنى ذلك لأجل الضرورة ، لأن أصحاب الحقوق لو كفوا
باحضار الشهود الأصليين بعد موتهم ، أو في حالة غيبتهم الطويلة أو مرضهم
الشديد لكفوا محالاً أو شططاً فتضيع حقوقهم .

ومنه (٣) جواز الشهادة بالسماع في النسب والموت والنكاح والدخول
وان لم يعاين استثناء من أصل اشتراط المعاينة ، لأن الناس لو كفوا احضار
شهود عاينوا الولادة مثلاً ، وقد لا يحضرها إلا امرأة أو مات المعاينون ،
لو كفوا ذلك لوقعوا في خرج بين ، فجوزت هذه الضرورة .

(١) ص ١٧٨ الطبعة الثانية « السلفية » .

(٢) تعيين الحقائق ج ٤ ص ٢٣٨

(٣) المرجع السابق ص ٢١٤

وقد يكون الاستحسان لمصلحة لم تبلغ حد الضرورة ، كما روى عن أبي يوسف من أنه قضى بتوريث زوج المرتدة منها إذا ارتدت في مرض موتها استثناء من القاعدة العامة ، وهي عدم ارثه لانتهاء الزوجية بالردة وعبارته (١) : « فإني أستحسن أن أورث زوجها في هذه الحالة ، وأفرق بين ردتها في صحتها وورثتها في مرضها الذي ماتت فيه ، وبه كان أبو حنيفة يقول ، وليس هو بقياس . القياس أن لا ميراث للزوج كانت الردة في المرض أو في الصحة » .

وقد يكون الاستحسان للعرف ، من ذلك فتوى الامام محمد بن الحسن بصحة بيع الثمر مع شرط بقاءه حتى يتم نضجه مع أنه شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير ، أو هو صفقة في صفقة ، لأنه اما اعادة أو اجارة في بيع وهو منهي عنه ، ولكن جريان العرف بذلك سوغه .

وقولهم فيمن استعار دابة فردها الى بيت مالكة فهلكت لم يضمن استحساناً ، لتعارف الناس الرد على هذه الحالة والقياس في المال المستعار أن يرد الى مالكة في يده ، كالثياب وغيرها .

وقالوا فيمن استأجر رجلاً ليحمل عليه عملاً وراكبين الى بلد كذا فإنه جائز استحساناً ، وإن كان الحمل مجهولاً ، ومثل هذا يفسد الاجارة لجهالة ، ولكن تعارف الناس ذلك قضى على النزاع الذي ينشأ عن تلك الجهالة فيصرف الى ما تعارفه الناس .

وبعد فمن أنعم النظر في هذه الأنواع يجدها كلها ترجع الى الاستثناء للمصلحة ، لأنها تنحل الى تحقيق نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ، وشرعية المصلحة بهذا المعنى الواسع ترجع الى جملة نصوص من القرآن والسنة نصوص التيسير ورفع الحرج واحلال الطيبات وتحريم الخبائث ونفي الضرر والضرار .

فلا مندوحة إذاً من قبول الاستحسان بهذا المعنى ، والعمل به ، لأنه النافذة التي يطل منها المجتهد على مصالح الناس فيتلافى به ما يحتمل أن يؤدي إليه اضطراب بعض الأقيسة أو تطبيق القواعد من تفويت لبعض المصالح .

وما ينبغي التنبيه عليه هنا أن انكار الامام الشافعي للاستحسان ومبطله في رده لا يمكن تسليطه على حقيقة الاستحسان الذي قال به غيره من الأئمة ، لأن فقيهاً لا يستطيع انكار العمل بالاستثناء بالدليل الصحيح ، وإنما يتجه هذا الى استحسان تابع من الهوى كما يبدو من كلمة الاستحسان أول الأمر .

وما دامت المسألة ترجع الى الاستثناء فيكون النزاع - في الحقيقة - في التطبيق والتوسع .

ويؤيد ذلك أن أتباعه أنفسهم اعترفوا بصحة الاستحسان عند غيرهم لما بانّت لهم حقيقته .

وقد اعترفوا في صراحة بوجود قاعدة الاستثناء ، وإن قصره على ماورد به النص ، وعلى بعض صور المصلحة والعرف .

يقول الغزالي في المستصحب^(١) : « ان التخصيص بالمصلحة لا ينكره أحد بعد ما اختار في الزنديق المتسر إذا تاب أنه لا تقبل توبته ، ويقتل مع عموم حديث « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ، فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم الا بحقها » .

ويقول عز الدين بن عبد السلام في قاعدة المستثنيات من القواعد الشرعية^(٢) ما نصه : « أعلم أن الله شرع لعباده السعى في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة تجمع كل قاعدة منها جلة واحدة ، ثم استثنى منها ما في ملاسته مشقة شديدة ، أو مفسدة تربو على تلك المصالح ، وكذلك شرع لم السعى

(١) ج ١ ص ٢٩٩

(٢) قواعد الأسكام ج ٢ ص ١٣٨

في درء مفاسد الدارين أو في أحدهما تجمع كل قاعدة منها علة واحدة ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربو على تلك المفاسد ، وكل ذلك رحمة بعباده ، ونظر لهم ورفق بهم ، ويعبر عن ذلك كله بما خالف القياس ، وذلك جار في العبادات والمعاوضات وسائر التصرفات .

وفي موضع آخر (١) يقول : « إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فانه يجب ابقاؤها الى أوان جذاها ، والتمكن من سقيها مائها ، لأن هذين مشروطان بالعرف ، فصارا كما لو شرطاهما بلفظه ، فإن قيل : لو باع ماشية وشرط سقيها أو علفها على البائع أو شرط ابقائها في ملك البائع مدة فان ذلك لا يصح فلم صح هذا الاشتراط ههنا ، قلنا : لأن الحاجة ماسة اليه وحاملة عليه ، فكان من المستثنيات عن القواعد تحصيلاً لمصالح هذا العقد » .

فأنت ترى أنه اعترف بالاستثناء من القواعد بالنص ، وهذا عام يجري في جميع المشروعات . عبادات ومعاملات ، والاستثناء بالعرف ، وهذا لا يكون الا في المعاملات ، كما هو موضوع المثال الثاني .

ويقول امام الحرمين في برهانه (٢) : ان تحمل العاقلة الدية خارج عن القاعدة التي هي اختصاص كل متلف أو متعذر أو ملتزم بالضمان ، ثم قال : ان مثل هذا لا يعقل معناه ، وهي في مستثنى الشارع ، والمستثنى لا يقاس عليه .

فهو يعرف مبدأ الاستثناء ، ولكنه يمنع القياس على ذلك المستثنى ، وهذا يجرنا الى بيان موقف العلماء منه .

هل يتعدى حكم المستثنى الى غير محله

لقد تكلم الأصوليون على اختلاف مذاهبهم في ذلك ، وشاعت تلك الدعوى بينهم حتى لبزوت عبارتهم المشهورة « ما ثبت على خلاف القياس فيعرف عليه لا يقام » . يجري الأمثال .

(١) المرجع السابق ص ١٠٨

(٢) ص ٢٨٧

يبد أنهم لم يتفقوا على عمومها أو إطلاقها ، فهم من أطلقها في كل مستثنى بل وادعى الاتفاق عليها .

ففي مسلم الثبوت وشرحه (١) « اتفقوا على أن المستثنى لا يقاس عليه لخروجه على قاعدة عامة ، ومثل له بالعرايا عند الشافعية » .

والسرخصي في أصوله (٢) يفرق بين المستحسن بالنص أو الاجماع وبين المستحسن بالقياس الخفي فيقول :

ان المستحسن بالقياس يتعدى حكمه . بمعنى أنه يقاس عليه غيره ، لأن حكم القياس ظاهراً وباطناً التعدية ، وأما المستحسن بالنص أو الاجماع فلا يتعدى ، لأنه معدول به عن القياس ، وهو لا يحتمل التعدية » .

فهذه المقالات الثلاث اتفقت على أن المستثنى بالنص لا يقاس عليه دون أن يبين أصحابها علة المنع من القياس عليها . غير ما قالوه من أنها مستثناة من القواعد .

وهنا نسألهم . أكان هذا الاستثناء لعله مفهومة أم كان لغير علة واضحة ، فان كان الثاني فنحن نقف عنده ، وان كان الأول فما الذي يمنع من تعديته مادامت العلة واضحة ؟

وقد وجدنا الامام الغزالي - مع أنه شافعي المذهب - يذهب في ذلك مذهباً آخر ، وهو أن المدار على وجود معنى يجمع بين المستثنى وغيره وعدم وجوده ، فان وجد جاء القياس ، وان لم يوجد امتنع . سواء كان المستثنى بنص أو بقياس . فما هو ذا يقول في المستصفي (٣) :

(١) ج ٢ ص ٢٤٤

(٢) ج ٢ ص ٢٠٦

(٣) ج ٢ ص ٣٢٧ وما بعدها .

والقسم الثاني ما استثنى عن قاعدة سابقة ، ويتطرق الى استثنائه معنى فهذا يقاس عليه كل مسألة دارت بين المستثنى والمستبقى ، وشارك المستثنى في علة الاستثناء . مثاله استثناء العرايا ، فانه لم يرد ناسخاً لقاعدة الربا ، ولا هادماً لها ، لكن استثنى للحاجة ، فنقيس العنب على الرطب ، لأننا نراه في معناه ، وكذلك إيجاب صاع من تمر في لبن المصرة لم يرد هادماً لفهمان المثليات بالمثل ، لكن لما اختلط اللبن الحادث بالكائن في الضرع عند البيع ، ولا سبيل الى التمييز ولا الى معرفة القدر ، وكان متعلقاً بمطعم يقرب الأمر فيه خالص الشارع المتبايعين من ورطة الجهل بالتقدير بصاع من تمر ، فلا جرم نقول :

لورد المصرة بعيب آخر لا بعيب التصرية ، فيضمن اللبن أيضاً بصاع وهو نوع الحاق ، وان كان في معنى الأصل ، ولولا أنا نشم منه رائحة المعنى لم نتجاسر على الإلحاق .

وأنا مع الغزالي في رأيه ، لأنه يحقق مقصود الشارع من الاستثناء ، فانه ما استثناء بالنص التحقيقاً لمصلحة برفع حرج محقق ، وهو ينادى في صريح كتابه " وما جعل عليكم في الدين من حرج " ومن ذا الذي يدعى أن النصوص رفعت كل جزئيات الحرج ، أو يزعم أن الشارع وقف في رفعه عندما جاءت به النصوص ؟!

وابن رشد في بداية المجتهد (١) يصرح بأن المسألة مشهورة في الأصول ، وينسب الى أبي حنيفة القول بصحة القياس فيقول — بعد أن حكى اعن الشافعي منع الحوالة في الطعام للنبي عن بيعه قبل قبضه وعن مالك أنه أجازها في الطعام اذا كان الطعامان من قرض — : « وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام ، وشبهها بالدرهم ، وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدرهم . »

والمسألة مبنية على أن ما شذ عن الأصول . هل يقاس عليه أم لا ،
والمسألة مشهورة في أصول الفقه » .

ونحن نوافق ابن رشد على أن المسألة مشهورة في الأصول ، ونخالفه
في بناء رأى أبى حنيفة عليها ، لأن البناء يصح أن لو كان أبو حنيفة يجعل الحوالة
من باب البيع والمعاوضة ، وهو لا يذهب الى ذلك ، بل هى عنده عقد
مستقل شرع للاستيفاء بدليل أنه لا يشترط لصحتها وجود دين فى ذمة
المحال عليه عكس ما ذهب اليه الأئمة الثلاثة من اشتراط وجود دينين فيها .

هذا هو الاستحسان وأثره فى واقعية الفقه الاسلامى ، فهو استثناء
مفتوح ليحقق المنافع للناس ، ويرفع المضار ويدفع الحرج عنهم ، فأين
نظير هذا فى القوانين الوضعية ؟

ولا يتوهم أحد أنه استثناء بالهوى والتشهى حسبما يتبادر من كلمة
الاستحسان ، بل انه استثناء بدليل قوى معتبر فى نظر الشارع ، بل بدليل
أقوى من الدليل المعارض له الذى ترك من أجله ، وتسميته بالاستحسان
جاءت للتمييز فقط بين الدليلين .

يقول السرخسى فى أصوله (١) : ان الاستحسان فى لسان الفقهاء
نوعان . الأول : العمل بالاجتهاد بغالب الرأى فى تقدير ما جعله الشرع
موكولا الى آرائنا ، نحو التمتع المذكورة فى قوله تعالى " متاعاً
بالمعروف حقاً على المحسنين " ، أوجب ذلك بحسب اليسار والعسرة ، وشرط
أن يكون بالمعروف ، فعرفنا أن المراد ما يعرف استحسانه بغالب الرأى ،
وكذلك قوله تعالى " وعلى المولود له رزقهن وكنوتهن بالمعروف " ، ولا يظن
بأحد من الفقهاء أن يخالف هذا النوع من الاستحسان .

والنوع الثانى : هو الدليل الذى يكون معارضاً للقياس الظاهر الذى تسبق
الى الأوهام قوته قبل لإنعام التأمل فيه ، وبعد لإنعام التأمل فى حكم الحادثة

(١) ج ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها .

وأشباهاها من الأصول يظهر أن الدليل الذى عارضه فوجه فى القوة وأن العمل به هو الواجب ، فسموا ذلك استحساناً للتمييز بين هذا النوع من الدليل وبين الظاهر الذى تسبق إليه الأوهام قبل التأمل . على معنى أن يقال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسنًا لقوة دليله » .

وإذا كان الاستحسان يؤول الى أنه العمل بأقوى الدليلين ، كما يفهم من العبارة السابقة ، وكما صرح به الباجي (١) من المالكية حيث يقول : « ان الاستحسان الذى ذهب إليه مالك هو القول بأقوى الدليلين كتنخيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتر » .

وكما عرفه ابن العربى فى أحكام القرآن : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين .

إذا كان كذلك فإنه لا يستساغ انكاره من أحد ، وقد اعترف الحنابلة بالاستحسان بهذا المعنى ونسبوه لامامهم .

يقول صفى الدين البغدادى (٢) : « الاستحسان . وهو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص ، وقال القاضى : الاستحسان مذهب أحمد رحمه الله ، وهو أن يترك حكماً الى حكم هو أولى منه ، وهذا لا ينكره أحد .

وقال ابن قدامة المقدسى : (٣) « الاستحسان له ثلاثة معان : أحدها أن المراد به العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة قال القاضى يعقوب : القول بالاستحسان مذهب أحمد ، وهو أن يترك حكماً الى حكم هو أولى منه ، وهذا مما لا ينكر ، وإن اختلف فى تسميته فلا فائدة فى الاختلاف فى الاصطلاحات مع الاتفاق فى المعنى .

(١) أرشاد الفحول ص ٢١١

(٢) فى كتابه « قواعد الأصول ومعاقد الفصول » . مختصر « تحقيق الأمل فى علمي الأصول والجدل » ص ١١٩

(٣) فى روضة الناظر وجنة المناظر فى أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ص ٨٥

المصالح المرسله

وإذا ما جاوزنا الاستحسان الذى يعمل به فى محيط الاستثناء من القواعد والنصوص لتحقيق أنواع من المصالح ، وانتقلنا إلى محيط الاستصلاح أو المصالح المرسله ، وجدنا رحبة واسعة ، وواقعية بارزة ، ففيها نجد المجتهد المنفذ الذى ينفذ منه إذا عدم النص ، ولم يكن ثمة إجماع سابق ، وتعذر عليه القياس .

والمصالح وإن اختلف العلماء فى العمل ببعض أنواعها ، فهم متفقون على أنها أصل من أصول الشريعة ، ذلك لأن المقصود بتشريع الأحكام ، وبخاصة أحكام المعاملات هو تحقيق مصالح الناس . سواء أكانت ضرورية أم حاجية أم تحسينية تكميلية ، وأن كل حكم من أحكام الشريعة يرجع إلى تحقيق واحد من هذه الأمور أو إلى أمر مكمل له ، كما يقول الشاطبي فى موافقاته .

وإذا كانت النصوص لم تستوف أحكام الحوادث كلها فثمة مصالح كثيرة توجد وتتجدد فى كل يوم لم تحكمها النصوص بأشخاصها ، وتلك تتطلب بيان أحكامها التفصيلية ، والفقهاء على اختلاف مشاربهم متفقون على وجوب اعطائها أحكامها ، ولكنهم اختلفوا فى الطريقة التى يسلكونها للوصول إلى ذلك الغرض .

فهم من يبحث عن شبه من المنصوص عليه ليلحقه به بطريق القياس ، حتى ولو كان الشبه بعيداً ، يفعل ذلك احتياطاً خشية أن تذلل قدمه ، فيحرم أو يحلل بالهوى من غير ضابط .

والاحتياط فى حد ذاته محمود ، لكنه يؤخذ عليه هنا أنه قد يكون الشبه مانعاً أى محرماً ، فيحرم هذه المصلحة بناء على ذلك الشبه ، والتحریم بمجرد الشبه مصادم للنصوص الدالة على أن الأصل فى الأشياء الإباحة ، والنصوص النافية للخرج ، فإذا أضفنا إلى ذلك أن صاحب هذه الطريقة يسير مع القياس ، ولا يخرج عنه إلى الاستحسان ترايد خرج هذا الرأى وبعده عن روح التشريع .

وفريق آخر يسلك طريق القياس من غير أن يلتزمه في كل شيء ، بل يسير معه ما دام بعيداً عن الحرج والمشقة ، فإذا ما التوى عليه خرج عنه الى الاستحسان ، فان لم يجد قياساً حكم المصلحة ، فيزن الوقائع الجديدة بميزانها ، وعلى هدى نتائجها يقضى وبحكم .

ورأى هؤلاء هو الذى يتفق (أولاً) مع النصوص النافية للحرج ، والنصوص الدالة على أن الأصل الاباحة .

. (وثانياً) مع مسلك الصحابة ، فانهم ما كانوا يتمسكون اذا لم يجدوا نصاً في الواقعة المعروضة بالاستناد الى أصل معين يردونها اليه ، وما أكثر الفتاوى والأحكام التى عملوا فيها بمطلق المصلحة .

يقول القرافى : « وما يؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أن الصحابة عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار . نحو كتابة المصحف ، ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير ، وولاية العهد من أبى بكر لعمر ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير ، وكذلك ترك الخلافة شورى بين ستة من عمر ، وتدوين الدواوين ، وعمل السكة للمسلمين ، واتخاذ السجن ، وغير ذلك عما عمله الصحابة لمطلق المصلحة » .

وفى هذا يقول امام الحرمين فى برهانه عند حكاية المذاهب فى المصلحة واعتبارها رداً على من ادعى أنه لا بد من استناد المصلحة الى أصل معين : « ان من تتبع أحوال الصحابة الذين هم القدوة فى كل شيء بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ير لواحد منهم فى مجالس الاستشارة تمهيد أصل واستشارة معنى ، ثم بناء الواقعة عليه ، ولكنهم يخوضون فى وجوه الرأى من غير التفات الى الأصول كانت أو لم تكن » .

ومن تتبع فقه الصحابة والتابعين ، وهم الذين سبقوا أئمة المذاهب فى الزمن مجدهم عملوا بالمصلحة من غير أن يضبطوها بضابط غير كونها موافقة لمقاصد الشارع من تحقيق نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج .

فجمع المصحف لم يكن الا لحفظ كتاب الله من ضياع جزء منه بموت القراء يقول عمر الأبي بكر : « ان القتل استمر بقراء القرآن يوم القيامة ، وانى أخشى أن يستمر القتل بالقراء في المواطن كلها فيذهب قرآن كثير » .

وجمع عثمان الناس على مصحف واحد والزاهمهم بالقراءة على رسمه ، واحرق ما عداه يتجه نحو رفع الخلاف في القراءة بتعدد المصاحف التي توصل لا محالة الى اختلاف كبير ، وفي هذا يقول حذيفة بن اليمان لعثمان « أدرك هذه الأمة قبل أن يختلفوا في الكتاب كما اختلفت اليهود والنصارى » (١) .

وأبو بكر يعهد لعمر بالخلافة من غير أن يتقدم لها نظير من فعل رسول الله (٢) ، ولكنه خشى عاقبة الترك للشورى مع ما وقع بالأمس القريب من اختلافهم حين اختياره ، وكيف يتركهم للتشاور والمنازعة وجيوش المسلمين تقاتل أعداء الله في غير جبهة ، فهل كان شرع الله الذي يأمر بالاتحاد وجمع الكلمة يوجب غير ذلك في هذا الوقت العصيب ؟!

على أن أبا بكر لم يستخلف عمر برأيه وحده ، بل شاور في استخلافه قبل أن يفعل ، فزكاه كبار الصحابة مثل عبد الرحمن بن عوف ، وعثمان وأسيد بن حضير الأنصاري ، وسعيد بن زيد وغيرهم من المهاجرين والأنصار .

ولقد جاء في كتاب العهد الذي أملاه على عثمان بن عفان (٣) « انى استعملت عليكم عمر بن الخطاب فان بر وعدل فذلك علمى به ورأيت فيه ، وان جار وبدل فلا علم لى بالغيب ، والخير أردت ، ولكل امرئ ما اكتسب ، ” وسيعلم الذين ظلموا أى منقلب ينقلبون “ (٤) .

(١) الاعتصام ج ٢ ص ٢٨٧

(٢) قد يكون قصد رسول الله من علم التمين هو بيان أن الحكم للأمة وتثبيت مبدأ الشورى المقرر في القرآن ، وقد قال لم : « تركت فيكم أمرين لن تفصلا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتي »

(٣) تاريخ الاسلام للذكتور حسن ابراهيم حسن ج ١

(٤) الشعراء - ٢٢٧

ويجيء من بعده عمر فيفعل غير ذلك ، وهو في أيامه الأخيرة ، فلم يترك الأمر كما تركه الرسول ، ولم يعهد لواحد كما فعل أبو بكر ، بل يحصر العهد في ستة من كبار أصحاب رسول الله لتضييق دائرة الخلاف ، ولا تشعب في وقت أطلت فيه رؤوس الفتنة .

فعل ذلك بعد ما تردد فيه عندما طلبت منه عائشة أم المؤمنين ألا يترك أمر المسلمين من غير عهد ، فيجيب طلبها بعد أناء وتدبر .

يروى لنا ابن قتبية (١) أن المهاجرين دخلوا على عمر رضي الله عنه وهو في البيت من جراحه تلك ، فقالوا : يا أمير المؤمنين استخلف علينا ، قال : والله لا أحلکم حيا وميتاً ، ثم قال : ان استخلفت فقد استخلف من هو خير مني . يعني أبا بكر ، وان أدع فقد ودع من هو خير مني . يعني النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالوا : جزاك الله خيراً يا أمير المؤمنين ، فقال : ما شاء الله راغباً ، وددت أن أنجو منها لآلى ولا على ، فلما أحس بالموت قال لابنه : اذهب الى عائشة وأقرئها مني السلام ، واستأذنها أن أقبر في بيتها مع رسول الله ، ومع أبي بكر ، فأتاها عبد الله بن عمر فأعلمها ، فقالت : «نعم وكرامة» ، ثم قالت : «يا بني أبلغ سلامي وقل له لا تدع أمة محمد بلا راع ، استخلف عليهم ولا تدعهم هملاً ، فاني أخشى عليهم الفتنة» . فأتى عبد الله فأعلمه ، فقال : ومن تأمرني أن استخلف . وبعد تردد بين الأسماء قال : سأستخلف النفر الذين توفي رسول الله وهو عن راض .. الخ القصة .

ولقد منع كبار الصحابة من مغادرة المدينة الا باذنه ولأجل محدد ، كما منعهم من الخروج الى الأقاليم ، وامتلاك الأراضي الواسعة بها ، منعهم من ذلك مع أن تعاليم الدين لا تمنع أحداً من الخروج من بلد الى آخر ، ولا من أن يمتلك ضيعة أو غيرها ما دام يؤدي حقها .

(١) الأمانة والسياسة ج ١ ص ٣٨ ، ٣٩

فعل ذلك لحاجته اليهم للمشاورة فيما يأتيه من أمور المسلمين ، وهى مصلحة عامة تفوق منافعهم وسلب شيء من حريتهم .

وأما منعهم من امتلاك الأراضى فقد كان لمصلحة تتعلق بأمن الدولة ووحدتها ، خشى ان هم خرجوا وامتلكوا الأراضى الواسعة تجمع الناس حولهم اعجاباً بهم ، فتوجد تجمعات قد تؤدى الى تفرق كلمة المسلمين ، وتقطع أوصال دولتهم (١) .

واتخذ الحبس بعد أن لم يكن ، ونظم الجيش وجعل له أرزاقاً فى بيت المال ، وربط أرزاق الولاة والقضاة ، وضرب الدراهم ، ولا تنس تأريخه بالهجرة .

وقد فصل القضاء عن الولاية العامة .

ونهى عن نكاح المسلم للكتانية ، فكتب الى حذيفة لما تزوج يهودية « أن خل سبيلها فاني أخاف أن يقتدى بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة الجاهلن ، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين » (٢) .

وفى الرياض النضرة . عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال : اشترت ابلا واربعتها الى الحمى ، فلما سمعت قدمت بها ، فدخل عمر السوق ، فرأى ابلا سماناً فقال : لمن هذه ؟ فقيل لعبد الله بن عمر ، فجعل يقول : يا عبد الله بخ بخ ابن أمير المؤمنين ، فحشته أسعى ، فقلت مالك يا أمير المؤمنين ، فقال : ما هذه الابل ؟ ، قلت ابل أنضاء (٣) اشتريتها ، وبعثت بها الى الحمى ابنتى ما يبتغى المسلمون ، فقال : ارعوا ابل ابن أمير المؤمنين ، اسقوا ابل ابن أمير المؤمنين ، يا عبد الله بن عمر اغد على رأس مالك ، واجعل باقية فى بيت مال المسلمين .

(١) تاريخ الاسلام المرجع السابق ج ١ ص ٣٤٥ وما بعدها .

(٢) الآثار لمحمد بن الحسن ص ٧٥

(٣) أنضاء . حزيلة . جمع نضو وهو البعير المهزول والناقة نضوة . القاموس ، وأساس البلاغة ، وختار الصحاح .

كما شاطر بعض الولاة أموالهم لما ظهر عليهم الثراء مما شرحه يطول .
ولقد زاد عثمان الأذان الثالث على الزوراء لما كثر الناس ، ولم يكن
في زمن رسول الله ، زاده ليحقق الغرض المقصود من الأذان ، وهو اعلام
الناس بدخول وقت الصلاة لما كثروا ، ولو لم يفعل لما علم البعيد عن المسجد
فتفوته الصلاة .

كما امتنع عن قصر الصلاة في السفر ، فلما قيل له : أليس قد قصرت
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : بلى ولكني امام فينظر الى الأعراب
وأهل البادية أصلي ركعتين فيقولون : هكذا فرضت (١) .

وجاء في كنز العمال (٢) . أنه أتمها أربعاً بمعنى فقط من أجل
أن أعرابياً ناداه في مسجد الخيف بمضى : يا أمير المؤمنين ما زلت أصليها
ركعتين منذ رأيتك عام الأول صليتها ركعتين ، فخشي عثمان أن يظن جهال
الناس الصلاة ركعتين ، فأتمها مع أن القصر مشروع في السفر مطلقاً في حالتي
الخوف والأمن .

ولو أردنا تعداد ما أثر عنهم من افتاء لمجرد المصلحة التي لم يطلبوا
لها شاهداً لطال بنا الكلام ، وفي هذا القدر كفاية .

ردهم بعض الوقائع إلى أجل معين

نعم انهم كانوا في بعض الوقائع يردون المسألة الى أصل معين ، ولكن
من غير أن يلتزموا ذلك في كل مسألة ، وهو ما ندعيه .

من هذا النوع ما رواه البيهقي (٣) وأبو داود (٤) عن أبي وبرة الكلي
قال : أرسلني خالد بن الوليد الى عمر رضي الله عنه ، فأتيته ومعه عثمان

(١) الاعتصام ج ٢ ص ٢٨٨

(٢) ج ٤ ص ٢٣٩ ، ص ٢٤٠

(٣) السنن الكبرى ج ٤ ص ٣٢٠

(٤) السنن ج ٤ ص ٢٣١

وعبد الرحمن بن عوف وعلى وطلحة والزبير رضى الله عنهم ، وهم معه متكنون في المسجد ، فقلت : ان خالد بن الوليد أرسلني اليك ، وهو يقرأ عليك السلام ، ويقول : ان الناس قد انهمكوا في الخمر وتحارقوا العقوبة فيه ، فقال عمر : هم هؤلاء عندك فأسألم ، فقال علي : نراه اذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ، وعلى المقتري ثمانون ، فقال له عمر : بلغ صاحبك ما قالوا .

ومنه ما روى أن عامل عمر على صنعاء كتب اليه في شأن المرأة التي قتلت زوجها هي وخطيلها أيقتلها ، فتوقف عمر حتى قال له علي بن أبي طالب : يا أمير المؤمنين أرايت لو أن جماعة اشتركوا في سرقة جلود فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً أكنت قاطعهم ؟ قال نعم ، قال فكذلك هذا ، فاقنع عمر ، وكتب الى عامله : أن اقتلها فوالله لو اشترك فيه أهل صنعاء كلهم لقتلهم جميعاً .

موقف من مواقف عمر التشريعية الواقعية

وقبل أن ننقل الى بيان مسلك من جاء بعدهم نذكر موقفاً رائعاً من مواقف عمر الفقهية في تشريعاته ، فانه يدل على مقدار فهم هؤلاء لشريعة الله ، وأنها جاءت لتلائم بين مقصد الشارع وواقع الناس ، وأن الغرض منها اصلاح المجتمع .

في هذا الموقف يشرع تشريعاً ، ثم يشاهد بنفسه حرج الناس عند تطبيقه ، وتحاييلهم على القرار منه ، فيعدل له ليلائم بينه وبين الواقع ، وما فيه خير المجتمع وسعادته حتى يبعث في الناس حب القانون ، ويشعرهم بأنه لم يصنر الا لصالحهم .

ذلك أنه سن قانوناً فرض فيه عطاء^(١) من الغنائم لكل طفل من أطفال المسلمين ، وجعله بعد الفطام ،^(٢) فلما وجد الناس تحاييلوا عليه بفطام

(١) أحكام القرآن لابن العربي . ج ٢ ص ٢٧١

(٢) لعله كان يرى أن الطفل الرضيع يتغذى بلبن أمه فلا حاجة له الى نفقات خاصة .

أطفالهم قبل الأوان ليفرض لهم في العطاء ، وأنه شديد على الأسر الفقيرة
بادر الى تعديله ، وفرض للأطفال جميعاً لا فرق بين رضيع وفطيم .

يروى لنا نافع عن عبد الله بن عمر (١) أن ركبا من التجار كانوا
في اتجاههم الى المدينة ، فدخل عليهم المساء قبل أن يصلوها ، فخطوا
رحالهم ، وعلم بذلك عمر ، فقال لعبد الرحمن بن عوف : هل لك أن تسهر
عليهم لحرسهم ونراهم ، فباتا يحرسان الناس ، ويصليان ما كتب الله لهما
فسمع عمر في جوف الليل بكاء صبي ، فتوجه نحوه ، وقال لأمه : اتق الله
وأحسنى الى طفلك ، ثم عاد الى مكانه فسمع بكاءه ، فعاد الى أمه ،
فقال لها مقالته وعاد الى مكانه ، فلما كان آخر الليل سمع بكاء الصبي ،
فقال لأمه : ويحك انى لأراك أم سوء ، مالى أرى ابنك لا يقر منذ الليلة ،
قالت - وهى لا تعرف من تحدث - يا عبد الله ، قد أبرمتنى طول الليل لانى أعالجه
على الفطام فيأبى على الا رضاعاً ، قال ولم ؟ ، قالت : لأن عمر لا يفرض
الا للفطيم ، قال : وكم لابنك من العمر ، قالت كذا وكذا شهراً ، قال لها
ويحك لا تعجله ، فلما انتهى من صلاته قال : يا بوساً لعمر ، كم قتل
من أولاد المسلمين ، ثم أمر منادياً فنادى : لا تعجلوا صبيانكم على الفطام
فانا نفرض لكل مولود فى الاسلام ، وكتب بذلك الى الآفاق .

نضع هذه القصة أمام المرجفين الذين يرمون تشريع الاسلام بأنه غير
واقعي ، ونهمس بها فى أذن الجاهلدين ممن ينتسبون اليه ، الذين يرجعون
كل شئ الى الدين ، ولا يخرجون عما نقل عن الأئمة السابقين ، حتى ولو
كان من المسائل الاجتهادية التى تختلف باختلاف المصلحة ، وتتغير بتغير
الظروف ، فاذا ألجأهم حاجة أو ضرورة لم يستجيبوا لندائها بالطريق
الواضح الذى يبيته النصوص ، طريق الاستثناء على قدر الضرورة والحاجة
بل سلكوا بها طريقاً ملتوية ، لا يقرها شرع ولا دين ، طريق التحايل

(١) جاءت القصة مختصرة فى أحكام القرآن لابن العربي فى الموضع السابق ، وفى تاريخ عمر ،
وكتاب المجتبع الاسلامى للدكتور أحمد شلبي ص ٧٣ .

على شريعة الله ، فيتحايلون على اسقاط الواجبات ، وتحليل الحرمان ،
محافظين على صورة الشريعة ورسمها ، متناسين روحها ، معرضين عن مقاصدها
وغاياتها .

ومما يلاحظ أنهم رضوان الله عليهم كانوا يختلفون في نظرهم
الى المصالح ، وهذا يدلنا على أنه لا ازام لما أفتوا أو قضوا به بناء على مصلحة
اجتهادية غير منصوص عليها . نقل ذلك عنهم في قضايا عديدة . منها .

أن أبا بكر جينا قسم المال بين الناس سوى بينهم ، ولم يفضل أحداً
على أحد في العطاء ، فقيل له : يا خليفة رسول الله إنك قسمت هذا المال
فسويت بين الناس ، فن الناس لهم فضل وسوابق وقدم ، فلو فضلت
أهل السوابق والفضل بفضلهم ، فقال : أما ما ذكرت من السوابق والقدم
والفضل فاعرفني بذلك ، وإنما ذلك شيء ثوابه على الله ، وهذا معاش
فالأسوة فيه خير من الأثرة .

ويجيء من بعده عمر ، ويقول : « ان أبا بكر رأى في هذا المال رأياً
ولى فيه رأى آخر ، لا أجعل من قاتل رسول الله كمن قاتل معه » (١)
واختلافهم فيما يصنع بضالة الابل حين التقاطها مشهور ، وكذلك اختلافهم
في توريث امرأة الفار الذي طلقها في مرض موته .

وجاء في الآثار أن عثمان رضي الله عنه ادعى عليه ، فبذل المال وقبل
الصلح وقال : ان حلفت ربما يصيبني آفة فيقول الناس : انه حلف كاذباً ،
فعل ذلك بينما حلف عمر حيناً ادعى عليه ولم يدفع المال صلحاً خشية أن يقال
انه كان كاذباً في انكاره ودفع المال فراراً من اليمين (٢) .

(١) راجع الخراج لأبي يوسف ص ٤٢ وما بعدها .

(٢) راجع المبسوط للرحمن ص ١٦ ، وكتاب محاسن الاسلام ص ٨٧ لأبي عبد الله محمد
ابن عبد الرحمن البخاري من فقهاء الحنفية في القرن السادس المتوفى سنة ٥٤٦ هـ .

موقف التابعين وتابعيهم من المصلحة

وإذا ما طوينا الزمن وانتقلنا الى العصر الذى يلي عصر الصحابة وجدنا الخلف لهؤلاء طائفة عرفت فى تاريخ الاسلام باسم التابعين وتابعيهم ، ولم يكن الفقه فى عهدهم انتقل الى دور النظرية ، بل كان كسابق عهده واقعياً .

وفى هذا العصر ظهرت طائفتان من الفقهاء . أهل الحجاز ، وأهل العراق ، تميزت كل طائفة عن الأخرى بـمميزات . أبرزها استعمال الرأى فى التشريع قلة وكثرة .

فأهل العراق وعلى رأسهم ابراهيم النخعى وشيوخه من قبله ذهبوا الى أن الشريعة جاءت لحكم ومقاصد ، وبنيت على أسباب وعلل ، وأنها معقولة المعانى ، وليس شئ منها قصد به التعبد الا ما كان منظماً لعلاقة الانسان بربه ، ففعلوا القواعد ، وضبطوا عللها ، ثم فرعوا عليها ، ونشأ عن ذلك أن ردوا بعض الأحاديث التى جاءت مخالفة لها .

وأهل الحجاز وعلى رأسهم سعيد بن المسيب وبقية الفقهاء السبعة ، وهؤلاء وقفوا عند النصوص لكفائتها فى نظرهم ، وليس معنى ذلك أن الشريعة عندهم قاصرة ، بل معناه أنهم لم يجدوا حاجة الى البحث عن العلل والمصالح فاكتفوا بما نقل لهم عن الصحابة من أحاديث وفتاوى .

والذى يعيننا هنا هو بيان موقفهم من المصالح ومدى اعتبارهم لها فى اجتهادهم .

أما الفريق الأول فسلكه العام فى الاجتهاد والاستنباط كاف فى الحكم عليهم ، لأن طريقتهم تتلخص فى اعتبار العلل والمصالح فى الأحكام ، فهم يعملون بالمصالح مادامت فى حدود الشريعة .

وأما الفريق الثانى فيكفى أنهم عملوا بما نقل لهم عن الصحابة من فقه واقعى متطور ، وقد رأيت طريقتهم قريباً وكونهم وقفوا عند ما نقل لهم

لا يخرجهم عن دائرة المعتبرين للمصالح حيث لم يوجد عندهم ما يدعو إلى ذلك .

على أن التاريخ نقل لنا مثلاً عديدة من اقتنائهم بالمصلحة وتغيير الحكم تبعاً لتغيرها .

ألا ترى ما يقوله واقد بن عبد الله بن عمر — رداً على أبيه في قوله « ائذنوا للنساء بالليل إلى المساجد » — « ائذن يتخذنه دغلاً ؟ والله لا نأذن لهن » (١) فهو يقول ذلك لما تغير الزمن ، مع اعتراجه بأن رسول الله أذن لهن فيما رواه أبو داود في سننه : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ولكن ليخرجن تفلات » .

ويروى لنا ابن القيم (٢) عن الزهري أنه قال : لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ، ولا الأخ لأخيه ، ولا الزوج لامرأته ، ثم دخل الناس بعد ذلك ، فظهرت منهم أمور حلت الولاية على اتهامهم ، فتركت شهادة من يتهم إذا كانت من قرابة ، وصار ذلك من الوالد والولد والأخ والزوج والمرأة لم يتهم الا هؤلاء في آخر الزمان .

وأبو الوليد الباجي يروى في شرحه للموطأ (٣) عن طائفة من التابعين كسعيد بن المسيب ، وربيعه بن عبد الرحمن ، ويحيى بن سعيد الأنصاري أنهم أفتوا بجواز التسعير مع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفعله . وقال لما طلبوه منه : « بل الله يرفع ويخفض وإني لأرجو أن ألقى الله عز وجل وليس لأحد عندي مظلمة » .

وبالجملة فوقف هؤلاء من المصلحة لا يختلف كثيراً عن موقف الصحابة منها .

(١) صحيح مسلم ج ٢ ص ٣٣

(٢) إعلام الموقعين ج ١ ص ١٣٥

(٣) ج ٥ ص ١٨

موقف الأئمة أصحاب المذاهب وأتباعهم

وإذا ما انتقلنا الى عصر الأئمة أصحاب المذاهب لم نجد اختلافاً يذكر ، فقد عملوا بالاستحسان ، وفيه استثناء من النصوص والقواعد لما تدعو اليه المصلحة .

على أنهم أفتوا بالمصالح في مسائل كثيرة من غير أن يطلبوا لها شاهداً بالاعتبار .

فالامام مالك — الذى عاش وتفقه في المدينة حتى صار امامها ، وهى موطن أهل الحديث ، أو مدرسة الحديث كما يقول المؤرخون للفقه الاسلامى — عمل بالمصلحة وتوسع في الأخذ بها حتى ظنه كثير من العلماء أنه صاحبها .

والامام أحمد بن حنبل رجل الحديث وامام المحدثين في عصره لما تفقه وصار من المجتهدين عمل بالاستصلاح ، وتوسع فيه حتى كاد يقارب امام دار الهجرة في ذلك .

والامام أبو حنيفة عمل بالمصلحة ولكن بعنوان آخر ، فقد عمل بالعرف في أوسع نطاق ، وهو كما عرفنا لا يعتبر الا تبعاً لمصلحة راجحة ، كما عمل بالاستحسان .

ومن أنواعه الاستثناء بالمصلحة. فلا يقال عنه أنه معارض للعمل بالمصالح.

وما نقل عن الامام الشافعى من اشتراطه أن يكون للمصلحة التى يعمل بها شاهد مما وردت به النصوص لم يكن الا احتياطاً منه لئلا يقتحم هذا الباب من لم يتأهل له ، أو يتخذ ذريعة الى الحكم بالهوى تحت ستار المصلحة .

وكذلك يقال فيما نقل عن بعض أتباع الأئمة من هذا النوع .

جاء في تفسير المنار (١) « وانما فر أكثر علماء الأمة من تقرير هذا الأصل تقريراً صريحاً مع اعتبار كلهم له كما يقول القراني ، خوفاً من اتخاذ أئمة الجور إياه حجة لاتباع أهوائهم ، وارضاء استبدادهم في أموال الناس ودمائهم ، قرأوا أن يتقوا ذلك بارجاع جميع الأحكام الى النصوص ، ولو بضرب من الأقيسة الخفية ، فجعلوا مسألة المصالح المرسلة من أدق مسالك العلة في القياس ، ولم يبيطوها باجتهاد الأمراء والحكام ، وهذا الخوف في عمله ولكن لم يقم الأمة من أهواء الحكام كما ينبغي . إذ كان يوجد في عهد كل ظالم من علماء السوء من يمهّد له الطريق ولو لبعض ما يريد من اتباع الهوى » .

وهذا الاحتياط والتحرز هو الذي جعل الامام الغزالي (٢) — فيما أفهم — يغير رأيه في العمل بالمصلحة ، فبعد أن كان يرى أن المصلحة المرسلة تعتبر اذا كانت في مرتبة الضرورة أو الحاجة كما قرره في شفاء الغليل رجح عن ذلك وقال : انها لا تقبل الا اذا كانت ضرورية كلية كما جاء في المستصفى .

هذا هو موقف الاسلام من لدن الصحابة الى عصر الأئمة أصحاب المذاهب من العمل بالمصلحة . عملوا بها من غير انكار يستحق الالتفات اليه ، وعلماء الأصول الذين قعدوا القواعد . منهم من صرح باعتبارها ، ومنهم من احتاط في تقريرها للسبب السابق ، وقد عرفت أنه لم يحقق الغرض المقصود ، كما قال القراني في عبارته السابقة ، بل تغالى بعضهم وأنكر العمل بها بجميع مراتبها فيما كتبه في الأصول (٣) . مع أنه كثيراً ما يعلل جواز الشيء بأن الحاجة تدعو اليه فيما كتبه في الفروع .

(١) ج ٧ ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢) ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢١٣

(٣) كابن قدامة المقدسي الخليل في كتابه «روضة الناظر وجنة المناظر» ص ٨٦ وما بعدها فانه قسم المصلح المرسلة الى ثلاثة أنواع . ما يقع في مرتبة الحاجة ، وما يقع موقع التحسين والترزين قال : وهذان الضريان لا نعلم خلافاً في أنه لا يجوز التمسك بهما من غير أصل ، والثالث ما يقع =

إمكان العمل بالمصلحة الآن وفتح باب الاجتهاد

وإذا كان الفقهاء في عصور الاجتهاد عملوا بالمصلحة من غير تكبر ، فلم لا نفتح باب العمل بها - مع فتح باب الاجتهاد من جديد - كما عمل بها سلف الأمة ودلت عليه الأصول الصحيحة ، ونختاط من ناحية أخرى ، كأن نكل أمر تقدير المصلحة الى جماعة مختارة تعرض عليها مشاكل الناس وحاجاتهم ، وهم يقررون لكل أمر ما يناسبه ، ولا ندعها لتقدير الأفراد الذين لا يؤمن بخطوهم ، ثم لا يكون العمل الا بما تقرره هذه الجماعة ، وهذا لا يكون الا اذا تألفت الجماعة على هيئة مؤتمر دائم ، أو مجتمع فقهي تحت رعاية الدولة التي تريد أن تعمل بشريعة الله .

اننا ان فعلنا ذلك أمنا جانب الهوى .

فاذا لم يتيسر تأليف هذه الجماعة تحت رعاية الدولة كان حقاً على العلماء الذين تأهلوا للافتاء أن يفعلوا ذلك - وهذا واجبهم - فاذا ما أفتوا بمصلحة حددوا معها من يجوز له العمل بها من الحكام وغيرهم ، فبترأ ذمهم مما قد يقع من انحراف المنحرفين .

وقد كان هذا شأن العلماء المخلصين في كل فتاويهم بالمصلحة في مواطن الخطر ، وهي الأمور العامة .

يقول الشاطبي في الاعتصام (١) : اذا خلا بيت المال وارتفعت حاجات الجند الى مالا يكفيهم ، فللامام اذا كان عدلاً أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافياً لهم في الحال الى أن يظهر مال بيت المال ، ثم اليه النظر في توظيف ذلك على الغلات والتجار وغير ذلك ، كيلا يؤدي تخصيص الناس به الى انحاش القلوب ، وذلك يقع قليلا من كثير ، بحيث لا يجحف

في رتبة الضروريات ، فذهب مالك وبعض الشافعية الى أن هذه المصلحة حجة ، وبعد أن بين حججهم قال : والصحيح أن ذلك ليس بحجة .

فانظر هذا مع ما نقل عن الامام مالك وغيره في هذا الباب ١ ١

(١) ج ٢ ص ٢٩٥

بأحد ويحصل المقصود ... قال : وإنما لم ينقل مثل هذا عن الأولين لاتساع مال بيت المال في زمانهم ، بخلاف زماننا ، فإن القضية فيه أخرى ، ووجه المصلحة هنا ظاهر ، فإنه لو لم يفعل الامام ذلك النظام بطلت شوكة الامام وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار الى أن قال : وهذه المسألة نص عليها الغزالي في مواضع من كتبه ، وتلاه في تصحيحها ابن العربي في أحكام القرآن ، وشرط جواز ذلك كله عدالة الامام ، وإيقاع التصرف في أخذ المال واعطائه على الوجه المشروع .

وبعد فتلک مصادر الفقه الاسلامی ، وكلها ناطقة بواقعيته المتعددة ، متعددة له عن المثالية الخيالية ، التي صورها الخيال والوهم في أذهان المقلدين لكل ما يجيء من الغرب ، وثبتت في وضوح أنه فقه مثالي كامل يحتذى حذوه ، وتعمل منه مثلاً أعلى للتشريع المحقق لمصالح الناس .

فنصوص في كتاب الله بينت أحكام بعض الجزئيات التي لا تتغير ولا تتبدل بياناً واضحاً لا خفاء فيه ، وهذه تطبق أحكامها على وقائعها من غير أن يكون لأحد دخل في تغييرها أو تأويلها ، وأخرى جاءت على هيئة قواعد عامة صالحة للتطبيق مهما تغير الزمن ، أو تبدلت البيئات . طبقها الفقهاء والأئمة على مر العصور ، وتنوع البيئات ، وكلما جاء مع التطبيق عنت أو حرج تفادوه بعملية الاستثناء والاستحسان المقرر أصله في القرآن .

وأحاديث لرسول الله جاءت شارحة ومبينة لما أجل في كتاب الله مكثفة في بيانها بما ظهرت حاجة الناس إليه حينذاك ، مع أنها تنوعت حسب تنوع شخصيات الرسول .

فإنها ما صدر عنه تبليغاً وتشريعاً عاماً باعتبار أنه رسول مبلغ ، وهذا يتبع فيه ما يتبع في نصوص القرآن ، ومنها ما صدر عنه سياسة باعتبار أنه امام يسوس الجماعة الى ما يحقق صالحها ، ويدفع عنها ضررها وعنثها ، وهذا النوع يدور مع الغرض الذي من أجله صدر عنه ، وهو مفوض الى رأى الامام .

فاذا لاحظنا مع ذلك نصوص التيسير ورفع الحرج ، والنصوص الدالة على أن الأصل في الأشياء الاباحة ، وأن التحريم والمنع خلاف الأصل . ظهر لنا أن تطبيق نصوص التشريع لا يتنافى مع الواقعية في شيء ، بل يتبين أنها هي التي رسمت طريقها الصحيح .

فاذا ما جاوزنا دائرة النصوص وجدنا الإجماع الذي ينبعث من واقع مصالح الناس الجماعية ، ومن ورائه قياس يعمل على تحقيق المصالح المتشابهة مع ما وردت به النصوص ، وقواعد كلية تطبق كذلك ، فاذا ما حال قياس دون مصلحة ، أو كان تطبيق القاعدة يودى الى الحرج ظهر الاستحسان فيعدل به المجهد الى طريق آخر يحقق المصلحة ، ويرفع المضرة والحرج .

فاذا لم يكن نص ولا قياس ولا استحسان كان الاستصلاح ووزن المصالح بميزان الشريعة ، فيأخذ بأقربها شياً وأعمها نفعاً ، وأبناها تحقيقاً .

كل ذلك مع ما للعرف من سلطان يوصلنا الى أن الفقه الاسلامي فقه واقعي تعمل أصوله مرتبة على السير بالناس مع مقتضيات الحياة الصحيحة ولا يقف حجر عثرة في سبيل ركب الحياة ، وليس فيه جمود ولا رجعية مهما طال عليه الزمن ، وتقدمت به السن ، ولن يشيخ هذا الفقه ما بقيت الدنيا وبقى الناس .

سائلوا التاريخ عنه . هل وقف عن مسايرة الزمن ، أو اضطرب وسط المدنيات المختلفة حينما فتح المسلمون البلاد الكثيرة في القرنين الأول والثاني من الهجرة ، وامتدت راية الاسلام من الصين في الشرق الى بلاد الأندلس في الغرب ، وكان البحر الأبيض بحيرة اسلامية ؟

سائلوا التاريخ . ماذا فعل هذا الفقه الذي ولد في أرض بدوية بعيدة عن المدنية في شبه الجزيرة العربية ، وقام عليه أول الأمر عرب ولدوا في البادية ، وتربوا فيها بعيداً عن زخرف المدنيات ؟

سيجيبكم بأنه فقه عالمي ، ساس شبه الجزيرة العربية مع ما فيها من نزعات متباينة ، وقبائل متفرقة ، دانت له حضارات فارس والروم وغيرهما ، وتقبل الكثير مما التقى به من عادات ، وأقر بعض أحكام الأكاسرة والأباطرة ، ومن قبل ذلك أقر شيئاً غير قليل مما تعارفه العرب وحكموا به بعد أن هذبوه وأزال فساده .

سيقول لكم : انه لم يقف يوماً من الأيام أمام الحوادث ، ولم يضيق عن حكم لمعضلة أيا كان نوعها مدنية كانت أو جنائية أو عائلية ، بل كان وما يزال قابلاً للقيام بأعباء التقاضي على جميع أنواعه ، وبين نصوصه ما يفصل في كل نزاع مهما كان نوعه .

انه فقه متطور لاجهود فيه ولا رجعية متى حسن تطبيقه ، تطور بسرعة مذهلة أيام الاجتهاد الأولي ، ثم ضعفت فيه هذه الحركة بعد انتشار التقليد ولكنها لم تمت ، ضعفت لأسباب خارجة عن ذاته وطبيعته ، ولم تمت لأن الفقهاء المقلدين أباحوا من العقود والتصرفات أنواعاً لم تكن موجودة في الصدر الأول ، تصرفات اقتضتها مصالح الناس ، مصالح عامة تكررت حتى صارت عرفاً عاماً ، وأخرى خاصة بالأفراد أو الجماعات لم ترق الى مصاف الأعراف .

فعقد الاستصناع . وهو الاتفاق على صنع شيء موصوف مع أن فيه بيعاً لمعلوم .

وعقد التحكير . وهو أن يدفع شخص مبلغاً من المال بمثابة أجرة معجلة لأرض موقوفة خالية ويستولى عليها في نظير ذلك ، ويكون له حق التصرف فيها كتصرف المالكين من بناء وغراس وغير ذلك مع ترتيب أجر قليل عليها ، وقد أجاز الفقهاء هذا العقد تيسيراً على الناس ، ودفعاً لما يلحقهم من الحرج المترتب على عدم جواز بيع الوقف ، وحق القرار يصح بيعه ويورث عنه ولقد جوز فقهاء الحنفية بيع الاستعجار ، وهو أن يأخذ الشخص حاجاته اليومية من البدال أو القصاب أو غيرها من غير اتفاق على الثمن عند الأخذ ثم يحاسبه كل مدة ، كالأُسبوع أو الشهر مثلاً (١) .

(١) رد المحتار ج ٤ ص ١٣ . الطبعة الثالثة الأميرية ..

أجازوه وإن اختلفوا في تخريجه ، فمنهم من جعله من بيع المعلوم واستثنائه منه ، ومنهم من جعله من باب قرض الأعيان ويكون ضمانها بالثمن استحساناً ، ومنهم من يجعله من ضمان المتلفات باذن مالكيها تسيلاً على الناس .

وهذا الاختلاف في التخريج يعطينا صورة عن مقدار تحرز هؤلاء الفقهاء ، واحتياطهم ، وعدم أقدامهم على إباحة شيء إلا إذا كان له نظير مما اجتهد فيه السابقون .

وبيع الاسترجار ليس قرضاً ، ولا ضماناً للمتلفات باذن مالكيها ، وإنما هو بيع لفظاً ومعنى ، والمتعاقدان لم يقصدا به غير البيع ، فإذا كان الثمن معلوماً حين الأخذ ودفع الثمن حلة قبل الأخذ كان بيعاً بالتعاطي كما يقول ابن عابدين ، وإن كان الثمن مؤخراً إلى آخر المدة كان بيعاً أجلاً فيه الثمن إلى وقت معين ، وهو الوقت المقرر للاسترجار ، وغالب صور بيع الاسترجار في زماننا تقع على هذا الوجه ، لأن أثمان الأشياء التي يقع فيها الاسترجار معلومة للمتبايعين ، وقد يدفع المشتري مبلغاً في أول المدة ليأخذ به ما يحتاجه على دفعات ، وهذا قليل ، والكثير أن يأخذ ولا يدفع الثمن إلا في آخر المدة .

فإذا لم يكن الثمن معلوماً وقت الاسترجار بأن كانت أثمان السلع متغيرة من حين لآخر ، وقد لا يرضى البائع بالبيع بسعر اليوم كان هذا بيعاً بما ينقطع عليه السعر ، وهو بيع بما يكون عليه سعر السوق في وقت مستقبل وقد جوزة فقهاء الحنابلة^(١) . فيكون بيع الاسترجار على أي صورة وقع جائزاً عند الفقهاء .

وقد جوز الفقهاء أشياء كثيرة كانت ممنوعة من قبل لما اضطرب الناس ، إليها أو دعتهم الحاجة إلى فعلها ، كأخذ الأجر على تعليم القرآن والأذان وسائر الطاعات .

وما لنا نذهب بعيداً نتلمس الدليل على واقعية هذا الفقه وملاءمته لهذا العصر ، ووفائه بحاجاته والدليل بين أيدينا من صنع رجال القانون أنفسهم - الذين طعنوا هذا الفقه غير مرة بأنه غير صالح - فقد تيقظوا أخيراً إلى ما فيه من حلول لمشاكل الحياة ، وما قام عليه من أسس ومبادئ

(١) راجع لإعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٠٢ .

سامية لا غنى للتشريع الحديث عن الأخذ بها ، فنأدى المصنفون منهم بالرجوع فى التشريع للشرق الى ذلك الفقه ، وعدم الاسترسال مع التقنين الغربى الذى لا يلائم بيناتنا الشرقية ، وكان من نتيجة ذلك أن أخذ القانون المدنى الجديد الكثير من أحكامه ، بل وجعل الشريعة الاسلامية مصدراً رسمياً من مصادره .

وهى خطوة محمودة تسلم - ان شاء الله - الى غيرها من الخطوات .
ولا يقلل من أهمية تأثيرها فى ذلك التقنين ، ولا يضعف مركزها كمصدر يرجع اليه القاضى عند الفصل فى الخصومات أن جعلت فى المرتبة التالية للعرف بعد التشريع المكتوب ، لأننا اذا لاحظنا أن العرف المتقدم عليها هو العرف الصحيح الذى يقره رجال القانون ، وهو ما يقره فقهاء الاسلام تقريباً ، بل ان العرف الذى يقره الاسلام أوسع مدى مما يقره القانون - كما سبق بيانه - وأن معظم الأعراف الصحيحة الموجودة ترجع فى أصلها الى عادات اسلامية تداولها الناس فى ظل شريعته حينما كانت مطبقة فى مصر قبل مجيء الاستعمار القانونى ، وأضفنا اليه ما أخذ به القانون من أحكامها .

اذا لاحظنا ذلك كله تبين لنا أن حظ الشريعة الاسلامية فى ساحة القضاء حظ ليس بالقليل رغم غزارة الانتاج للتشريع وسرعته فى العصر الحديث - على حد تعبير الدكتور كبره (١) .

لأن المشرع الذى رجع الى الشريعة وأخذ الكثير من أحكامها فى أول مرة سبرجع اليها فى كل مرة بعد ما ظهر له غزارة مادتها ، وصلاحياتها لأن تحكم سلوك الناس ، وأن كل ما تستحدثه القوانين من مبادئ ونظريات يجده مقررأ فيها من أول أمرها .

(١) أصول القانون ص ٣٦٦

هذا وأن الفقه الاسلامي بمذاهبه العديدة على وضعها الحالي ثروة عظيمة كافية لأن تكون مادة لتقنين شامل كامل ، لأن مالا نجد في مذهب نعر عليه في آخر ، وما نراه مضيقاً محرجاً في أحدها نجد نظيره موسعاً في غيره فهو — كما يقول الدكتور السنهوري في إحدى مقالاته — صالح لأن يؤخذ منه قانون كامل بوضعه الراهن من غير تطوير ولا تحوير.

ولقد قرر مؤتمر القانون المقارن في أسبوع الفقه الاسلامي (١) ما يقرب من ذلك .

وأقرب مثال للدلالة على استجابة هذا الفقه بمذاهبه العديدة لما تتطلبه الحياة من تشريع ما حدث في شأن الوصية للوارث .

فقد كان المعمول به قبل صدور قانونها رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م مذهب الخفية وهو يمنح الوصية للوارث ، ويجعلها موقوفة على اجازة بقية الورثة مما جعل الناس يتحايلون عليها بطرق أخرى ، ففعلوها على هيئة بيع صوري اضطرب أمامه القضاء ، فحكوا عليها مرة بالابطال ، نظراً الى حقيقتها والقانون لا يبيحها ، وأخرى بالتصحيح نظراً الى صورتها وهيئتها ، وأنها بيع صدر في حالة الحياة .

ومن أجل ذلك الوضع الشاذ المضطرب نادى رجال القانون بالبحث في أحكام الشريعة عن مخرج لهذا المأزق ، فطالب الدكتور السنهوري (٢) في مقال له عن وجوب تنقيح القانون المدني عام ١٩٣٦م بالبحث في الشريعة عن حكم يجيز الوصية للوارث ، لأن الناس ازاء منع الشريعة لهذه الوصية تحايلاوا بشتى الطرق على تنفيذ رغباتهم بصورة عقد بيع مثلاً ، وهو في حقيقة الأمر وصية .

(١) المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء .

(٢) مجلة القانون والاقتصاد . السنة السادسة .

وأن المحاكم في كل يوم تواجه أشكالا من هذه العقود التي تحف بها
قرائن قاطعة تدل على أن أصحابها أرادوا بها الوصية لا البيع ، لجثوا الى البيع
لما ضاقت بهم أحكام الوصية ، وقد توجد لديهم أسباب قوية تدعوهم
الى اثبات بعض الورثة بشيء من أموالهم ، وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام
هذه العقود وقفة المتردد ، فهي تارة تقرها على أساس أنها بيع صحيح
اذا وجد ما يبررها من ظروف أسرة الموصي مكثفة بالشكل دون الموضوع
وطورا تبطلها باعتبار أنها وصايا صادرة لبعض الورثة ، وهذا مما يدعو
الى التفكير عند تقنين أحكام الوصية في بحث أحكام الشريعة في هذا الموضوع
فهل يجد الباحث فيها شيئا يعين على مجازاة مثل هذه الظروف العملية ،
فتباح الوصية للوارث ، ولو في حدود ضيقة .

وقد استجاب المشرع لهذا الرجاء بما وجدته في الفقه الاسلامي من آراء
تبيح تلك الوصية ، فصدر قانونها مبيحا الوصية للوارث وغير الوارث
على السواء في مادته السابعة والثلاثين مستندا لرأى فقهاء الشيعة الزيدية .

ولا يضير القانون في شيء أن نقده بعض شراحه ، بأنه ترك المذهب
المشهور ، وأخذ برأى مغمور يؤدي العمل به الى اثاره الخفيفة والبغضاء
بين الورثة . لا يضيره ذلك ، لأن وزن الآراء وتقديرها الصحيح لا يكون
من ناحية الشهرة وعلمها .

ولقد نقدته في كتابي « الوقف والوصية بين الفقه والقانون » من جهة
أنه لم يأخذ بمذهب الزيدية بتمامه ، ولو فعل لما كان سببا في اثاره البغضاء
بين الورثة ، لأنهم يشترطون لصحة هذه الوصية التسوية بين الورثة فيها ،
وبخاصة اذا كانوا من طبقة واحدة كالأبناء أو الأخوة والأخوات ،
بعد أن يثبت أنه مذهب قوى يستند الى حجة قوية من كتاب الله .

وأنقذه هنا من ناحية اطلاقه الاباحة ، ولو قيدها بما اذا وجدت
حاجة تبررها من عجز أو ضعف أو ما شاكلها لما جاء مخالفا لرأى جمهور
الفقهاء ، بل كان يتفق مع أصوله التي تبيح الاستثناء عند الحاجة استحسانا ،

ويكون الأصل عدم الصحة لحديث « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لالوصية لوارث » ويستثنى منه موضع الحاجة وهي تقدر بقدرها ، كما بينا ذلك من قبل عند الكلام الاستحسان ، بل لأصبح مستنداً الى أصل مقرر في القرآن والسنة ، «إلا ما اضطررتم اليه» ، وقد قدمنا أن رسول الله استثنى أشياء لم تصل الى حد الضرورة .

ولعل المشرع يلاحظ ذلك عند تعديل هذا القانون ، فيقيّد إباحتها بما اذا وجدت حاجة واضحة تدعو إليها .

هذا مثل نسوقه للدلالة على أن في الفقه الاسلامي — بوضعه الحالي — استجابة لما تتطلبه الحياة من اصلاح ينشده لها العقلاء المنصفون .

ومن قبل ذلك استجاب لصرخات الاصلاح العديدة ، فخرجت منه مجموعة قوانين في أطراف من مسائل الأحوال الشخصية غير متقيدة بمذهب خاص ، كمسائل الوصية والموارث ، وبعض مسائل الوقف والطلاق والنفقة والعدة .

قوانين دلت في مجموعها على أنه يمكن أخذ قانون كامل من ذلك الفقه تكون الشريعة الاسلامية هي مصلحه الوحيد .

ونحن في انتظار صدور التشريع الشامل للأحوال الشخصية بين يوم وآخر ، ونرجو أن يكون ذلك مقدمة للخطوة الثانية ، وهي شمول التشريع الاسلامي لسائر فروع القانون الأخرى .

فهذا الفقه ثروة تشريعية ضخمة صالحة لأن تسوس العالم من جديد أو على الأقل تسوس الشرق مهد الرسالات السماوية ، ففيه نزلت أصوله ، وفيه نما وازدهر .

هذه حقيقة اعترف بها كثير من علماء الغرب القانونيين وغير القانونيين أفراداً وجماعات .

. وقد قدمنا بعض مقالاتهم (١) ، ونزيلك منها ههنا .

يقول العلامة سائيلانا (٢) : « ان في الفقه الاسلامي ما يكفى المسلمين في تشريعهم المدني ان لم نقل ان فيه ما يكفى الانسانية كلها » .

وجاء في كتيب الأستاذ هالك عن « مساهمة الاسلام في السلام العالمى » (٣) :
ان الأمم تبدل الكثير من الجهود وتعدد المؤتمرات لمنع التسليح ومنع الحرب أو التقليل من فرص اعلانها ، ولكن جهودها باءت جميعاً بالفشل ، ذلك لأن الدول اذ تتعهد لا تقيدها نفسها بالمعاهدة الا حين تنعدم عندها الوسيلة لتنفيذها ، حتى اذا ما توفرت عندها القوة الكافية لذلك أعلنت أن المعاهدة التى أبرمتها وارتبطت بينها جبر على ورق ، ويقدم لنا التاريخ الكثير من الأمثلة على ذلك .

ولو طبقت أحكام الاسلام فيما يتعلق بالحروب والجهاد تطبيقاً كاملاً لوجد العالم فيها جنته التى يبحث عنها بدلاً من الجحيم الذى هو مسوق اليه ، ليطعم كل منا دعوة الله تعالى التى يقول فيها «كلوا واشربوا من رزق الله ولا تعثوا فى الأرض مفسدين» .

وقد وضع مؤتمر شعبة الحقوق الشرقية من المجتمع الدولى للحقوق المقارنة فى سنة ١٩٥٢م — بعد أسبوع الفقه الاسلامى الذى بحث فيه بعض الموضوعات العامة وناقشها — تقريراً إجماعياً اعترف فيه المجتمعون .

(أولاً) بأن مبادئ الفقه الاسلامى لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها .

(وثانياً) بأن اختلاف المذاهب الفقهية فى هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوى على ثروة من المفاهيم والمعلومات .

(١) عند الكلام على أثر الدين والأخلاق فى الفقه الاسلامى .

(٢) نقلاً عن كتاب روح التشريع الاسلامى ص ٢٥٥

(٣) نقلاً عن محاضرة للدكتور عبد الفتاح حسن النائب بمجلس الدولة بعنوان « ميثاق الأمم والشعوب فى الاسلام » التى ألقاها بقاعة المحاضرات بالأزهر .

ومن الأصول الحقوقية هي مناطق الاعجاب ، وبها يتمكن الفقه الاسلامى من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجياتها (١) .

ومن قبل ذلك انعقد مؤتمر المحامين الدولى فى مدينة لاهائ سنة ١٩٤٨ ومؤتمر القانون المقارن بها أيضاً عام ١٩٣٧ . واعترف المؤتمرين بما يقرب من هذا (٢) .

وإذا كان الفقه الاسلامى فى هذه المرتبة فى نظر الأجانب ، فما باله نعى عن مكانته فى بلاد تدين بالاسلام ؟ انها السياسة والاستعمار الأجنبى مع تقصير المنتسبين اليه يوم طلب منهم عمل قانون من المذاهب الفقهية المختلفة ليسهل تطبيقه أمام القوانين الحديثة .

وفى رأى أن هذا الفقه لو بقى معمولاً به فى البلاد الاسلامية كما كان فى عصوره الأولى لما وزاد مع الزمن ، ولسرت الحياة فى فروعه المختلفة ، ولما وقف عند المكتوب فى الكتب بوضعها الراهن ، لأنه كالبذر الصالح لا ينمو ولا يثمر الا اذا وجدت التربة الصالحة مع الجو الملائم ، والأيدى التى تقوم على خدمته . والتاريخ أصدق شاهد على ذلك .

ففى العصر الذى كان حكامه يعنون بهذا الفقه ، ويكرمون رجاله ، ويطلبون منهم البحث عن أحكامه الملائمة للزمن الذى يعيشون فيه ترى نشاطاً ظاهراً فى محيط الفقه والفقهاء ، وتسابقاً على البحث والاجتهاد ، وعلى العكس من ذلك يكون العصر الذى يعزف حكامه عنه الى غيره من قوانين الغرب خول وركود ، وان وجد نشاط ففى دائرة الدرس محدود .

(١) راجع مقالة المدخل للفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء .

(٢) المرجع السابق ص ١٢٨ .

* طريقة الانتفاع بهذا الفقه

وإذا كان القانون لا يكتب له البقاء إلا من مسيرته المستمرة للأحداث التي تخرج إلى عالم الوجود ، ولا يستطيع أن يؤدي دوره إلا إذا وجدت هيئة مستعدة دائماً لتحقيق تطابقة مع تلك الأحداث ، وتنقله من عالم التجريد إلى عالم الواقع (١) كما يقول سالي وديموج من الفقهاء الغربيين .

فالفقه الإسلامي - كقانون - لا يستطيع أن يؤدي دوره كاملاً إلا إذا وجدت تلك الهيئة المنظمة لتطبيقه لتعمل على الملائمة بينه وبين واقع الناس ، وهذا لا يكون إلا بفتح باب الاجتهاد من جديد ، لأن الاجتهاد هو شريان الحياة في جسد الفقه ، وبقدر قوة هذه الحياة تكون منزلة ذلك الفقه ونحن إذ نطالب بفتح باب الاجتهاد لا نغني أن باباً قد أغلق فيما مضى وأن الأمر حقيقة واقعة ، لأن كل ما حدث فيما مضى لا يعدو - في نظري - أن يكون مجرد دعوى صدرت من جماعة من الفقهاء في فترة معينة من تاريخ الإسلام ، صدرت ومعها ما ينقضها وينادي بطلانها ، فهو لا يقولوا استناداً إلى نص أو إجماع سابق ، بل قالوها اجتهداً منهم ليصلوا من ورثها إلى غرض معين ، هو منع المدعين الذين لم يتأهلوا له من دخوله ، والوقوف في محرابه .

بدليل أنه لم يحل عصر من العصور - بعد صدور تلك الدعوى - من وجود مجتهد أو أكثر ، بيد أن منهم من كان يعلن عن اجتهاده ، ويتحمل في سبيله من أنصار التقليد كل ألوان السخرية والاستهزاء . ومنهم من كان يجتهد ويدون آراءه بدون أن يشعر بها غيره .

وقع ذلك مصداقاً لقول رسول الله : « لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق حتى يأتي أمر الله » ، وفي رواية « حتى يأتيهم أمر الله وهم ظاهرون » (٢) .

(١) رسالة نظرية الاستقلال للدكتور توفيق فرج ص ٢

(٢) تفسير المنار ج ٧ ص ١٤٣

اننا لا نطالب بهذا النوع من الاجتهاد ، وهو الاجتهاد الفردي ،
لأنه لا يحل المشكلة ، بل قد يزيدا تعقيداً ، وبخاصة وقد كثر دعاته ،
بل قد وجد من ينقل آراء السابقين وينسبها لنفسه ، ولاجهاده المزعوم
بكلمة ما أسهلها كتابة ونطقاً « وأنا أرى أننا كنا وكذا » ؟؟

وانما نقصد اجتهاداً نخرجنا من جود الفقهاء المتأخرين ، وفي الوقت
نفسه يسير بنا قدماً الى الأمام حتى يسترد ذلك الفقه مكانته في عالم التشريع
والتطبيق .

اجتهاد جماعي بصورة مستطاعة ميسورة متى خلصت النيات وصدقت
الغرائم ، وذلك بتأليف هيئة فقهية يطلق عليها اسم « المجمع الفقهي »
أو « المجلس الأعلى للفقه والتشريع » يختار أعضاؤه من أصحاب الملكات
الفقهية الناضجة ، لا تقتصر في تكوينه على فقهاء جمهوريتنا ، بل نجعل
الباب مفتوحاً أمام الراغبين من البلاد الاسلامية الأخرى .

ومن يدري ، لعل هذا يكون مقدمة للوحدة التي نجاهد من أجلها
وأن الله يجمع المسلمين بشريعته كما جمعهم بها من قبل .

وهذا المجلس تعرض عليه المشكلات الفقهية التي وجدت في هذه الأيام
ليخرج لها أحكاماً تتلاءم مع مبادئ الشريعة السامية . ويعد النظر فيما قرره
الفقهاء السابقون من أحكام اجتهادية تأثرت بأعراف الناس في أزمنتهم .

وأخيراً يصوغ من هذا الفقه قانوناً عاماً مأخوذاً من جميع المذاهب
إذا وجد فيها ما يبقى بذلك مما يتلاءم مع حاجات الناس ، ومصالحهم ،
فان لم يوجد فبالاجتهاد .

وليس معنى هذا أن تلغى جميع القوانين الموجودة الآن ، بل تعرض
تلك القوانين على مبادئ الشريعة وقواعدها ، فما وافقها أو وجد فيه مصلحة
لا تنافها أبقى كما هو ، أو عدل حتى يتفق معها .
يعاونهم في ذلك طائفة من رجال القانون .

وهذا هو المبدأ الذى قرره رسول الله من قرون طويلة مضت .

جاء فى إلام الموقعين لابن القيم (١) . روى مالك بن أنس بسنده الى على بن أبى طالب قال : « قلت لرسول الله . الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة قال : « اجعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد » .

وهو ما فعله عمر بن الخطاب فى خلافته ، فقد جمع حوله كبار الصحابة وفقهاءهم ، ومنعهم من الخروج من المدينة الا بأذنه ، والى أجل محدد ليعرض عليهم ما يأتيه من مشكلات جديدة .

وهذا العمل اذا لم يوله ولاية الأمور فى الدولة عنايتهم وتشجيعهم قلت فائدته ، أو ضاعت ثمرته . والتاريخ البعيد والقريب تشهد صفحاته بأن فقها لم يزدهر الا فى رحاب الدولة وتشجيعها ، وفى ظلال عناية الخلفاء والأمراء ، ولا يتم ازدهاره الا اذا خضع لأحكامه الراعى قبل الرعية .

تتمة البحث

فى دفع شبهات أثرت حول تطبيقه فى وقتنا الحاضر

قد يقال : ان مشكلات زمنية كثيرة تعرض لطريق الفقه الاسلامى فتحول بيننا وبين تطبيقه . منها نظام الفوائد الذى عم المعاملات كلها ، حتى لا تكاد تخلو منه معاملة من المعاملات التجارية ، والأنظمة الاقتصادية الحديثة ، التى دخلت حياة الناس ، فأوضحت من حاجاتهم الملحة ، بل من الضرورات لدى بعض الأفراد - كشركات التأمين ، وشركات المساهمة - مما تتعارض أحكامها مع أحكام ذلك الفقه . الأمر الذى يجعل تطبيقه متعذراً ، أو يوقع الناس فى حرج بين .

(١) ج ١ ص ٧٤

ومن يجب عن ذلك بأن هذه الأنظمة وغيرها لا محول دون تطبيق أحكام هذا الفقه ، لما عرفت أنه فقه مرن بأصوله وقواعده ، فهو لا يهدر الجديد لأنه جديد ، بل لما فيه من الفساد البين ، وقد كان هذا موقفه دائماً مع ما التقى به من عادات ومعاملات فيما فتحه المسلمون من بلدان عديدة في صدر الاسلام .

فقد أقر الصالح منها ، وأبطل الفاسد المخالف لقواعده ، ولم يقم العثرات في سبيل مصالح الناس ، بل عمل على تحقيقها بشق الوسائل ، فكان ولا يزال يجلب المنافع لهم ، ويدفع المضار ويرفع الحرج عنهم ولو أدى ذلك الى التغيير في بعض أحكامه .

وقد قدمنا أن كثيراً من الفقهاء أفتوا بجواز أشياء كانت ممنوعة لما دعت اليها الضرورة أو الحاجة الملحة ، وخصصوا النصوص بأعراف الناس الصحيحة كما سبق بيانه .

ولم يكن مسلكهم في ذلك ابتداءً ولا مخالفة ، ولكنه اتباع وموافقة اتباع لكتاب الله ، وموافقة لسنة رسول الله ، فكتاب الله ينفي الحرج عن شريعته في صراحة ، ويؤكد في غير آية أنه أراد بهم اليسر لا العسر فلم يكلفهم الا وسعهم ، ووضع عنهم إضرهم والأغلال التي كانت عليهم .

ومن آيات رحمته أنه حرم عليهم أشياء معدودة ، ثم استثنى منها مواضع الضرورة .

والرسول عليه السلام الذي وكل اليه البيان حينما بين مبدأ الاستثناء وطبقه لم يقف باستثناءاته عندما سماه العلماء فيما بعد بالضرورات ، بل توسع فيها حتى شمل ما هو في مرتبة الحاجات أيضاً ، وانك لتلمح من تطبيقه فيما أثر عنه من ذلك أنه كان يعمل بروح التشريع دون التقيد بالألفاظ وما يتبادر منها .

ومن هنا جاء تشريع الرخص التي لا ينكرها أحد ممن يدين بالاسلام وعلى ضوءها قرر الفقهاء قاعدتهم المشهورة « كلما ضاق الأمر اتسع » وما في معناها من قولهم « الضرورات تبيح المحظورات » « والمشفقة تجلب التيسير »

هذا وإن رسول الله الذي أكد تحريم الربا يرشدنا في بعض أحاديثه إلى طريق آخر مشروع نتوصل به إلى تحقيق أغراضنا بعيداً عن الربا والمرايين ، وذلك فيما رواه البخاري ^(١) عن أبي سعيد وأبي هريرة أن رسول الله استعمل رجلاً على خيبر ، فجاءهم بتمر جنيب ، فقال له : أكل تمر خيبر هكذا ، قال : أنا لتأخذ الصاع من هذا بالصاعين ، والصاعين بالثلاثة ، فقال : لا تفعل ، يع الجمع بالدراهم ، ثم ابتع بالدراهم جنيباً وقال في الميزان مثل ذلك .

ورواه مالك في الموطأ ^(٢) عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أنه قال : قال رسول الله : التمر بالتمر مثلاً بمثل ، ف قيل له : إن عاملك على خيبر يأخذ الصاع بالصاعين ، فقال رسول الله : ادعوه لي ، فدعى له فقال له رسول الله : أتأخذ الصاع بالصاعين ، فقال يا رسول الله لا يبيعوني الجنيب بالجمع صاعاً بصاع ، فقال له رسول الله : يع الجمع بالدراهم ، ثم ابتع بالدراهم جنيباً ^(٣) .

فأنت ترى أن العامل اشترى الجيد بالردىء متفاضلاً ، لأنه لم يجد من يعطيه الجيد بالردىء مثلاً ، فهنا الرسول عن ذلك ، وبين له الطريق السليم الذي يصل به إلى غرضه من غير أن يرتكب محظوراً منياً عنه .

ومن هذا تعلم أن الشارع كلما أغلق أمام الناس باباً من أبواب الحرام فتح لهم باباً آخر من أبواب الحلال .

وعلى تلك الأسس يستطيع الفقه الاسلامي أن يتحكم في هذه المعاملات من غير أن يوقع الناس في الحرج .

(١) متفق الأخبار يفرح نيل الأوطار ج ٥ ص ١٦٦ ، وفي نصب الراية الزيلعي ج ٤ ص ٤٣ : أخرجه البخاري ومسلم عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم يثأبنا بني على الأنصارى واستعمله على خيبر ثم قال : أخرجه البخاري في أربعة مواضع من صحيحة . في البيوع ، وفي الوكالة ، وفي المغازي وفي الاعتصام .

(٢) شرح البايهي ج ٤ ص ٢٢٨

(٣) الجنيب هو التمر الجيد غير المختلط بالردىء بعد ما أخرج منه حشفه ورديته ، والجمع هو التمر المختلط بغيره ، والميزان هو الموزون . أي وقال في الموزون مثل ما قال في المكيال .

فالتقرآن حرم الربا تحريماً مؤكداً ، وأعلن الحرب على المرابين ، وتوعدهم بعقاب أليم في الآخرة ، ولكنه جاء به مجملاً غير مفصل ، والرسول فصله وبينه في أصناف ستة ، حرم فيها الربا بنوعيه « الفضل والنسيئة » ، « مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد » (١) .

وقطع الطريق على المختالين بقوله في بعض الروايات : « جيدها ورديتها سواء » وقال : « فن زاد أو استزاد فقد أربى » .

فيكون الربا بنوعيه الفضل والنسيئة (٢) — محرماً في هذه الأصناف الستة بهذا النص ، واتفق الفقهاء على أن النوعين محرمان في الصنف الواحد ، وعند اختلاف الصنف يحرم النساء فقط ، كما يصرح الحديث في آخره « فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » ، فمن استحل من ذلك شيئاً من غير ضرورة فقد ارتكب جرماً عظيماً ينكره الاسلام أشد الانكار .

(١) في الحديث المشهور الذي أخرجه البخاري عن أبي الأشعث عن عيادة قال رسول الله « الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والبر بالبر والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر والمملح بالمملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد » فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد نصب الرأية ج ٤ ص ٣٤

(٢) والنوعان ليسا في درجة واحدة في التحريم ، فربا النسيئة حرم لذاته قصداً ، وهو الذي عناه القرآن بقوله « لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَافَةً » ، وأعلن الحرب على آكله ، لأنه الشائع عندهم حين نزول القرآن ، وربا الفضل حرم لكونه وسيلة إلى الأول حيث يؤصل إليه في أغلب صوره ، فتحريره من باب الذرائع . يدل لذلك ما رواه أبو سعيد الخدري عن رسول الله أنه قال « لا تبيعوا البرهم بالبرهمين فإنه أخاف عليكم الرماء » والرماء هو الربا ، ومن هنا فرق ابن القيم بينهما في التسمية ، فسمى الأول ربا الجلب ، والثاني الخفي ، ثم رتب على ذلك الاختلاف في بعض الأحكام ، فقال : « إن ما يحرم لذاته لا يباح شرعاً إلا للضرورة إن كان ما يضطر إليه ، وما يحرم لبس للضرورة يباح للحاجة والمصلحة » ، وبني على هذا جواز بيع الحلية من الذهب والفضة بنقود منها تزيد على وزنها في مقابلة ما فيها من الصنعة ، واستشهد على جواز ربا الفضل للمصلحة الرابحة بالبيعة التي يبيع العراييل ، وذكر له نظائر إباحة نظر الخاطب والطبيب والشاهد إلى المرأة الأجنبية الخ . راجع تفسيره في تاريخ ج ٧ ص ١٨٠ وما بعدها .

وبقى الربا في غير هذه الأصناف من غير بيان صريح. موكولا
الى اجتهاد المجتهدين ، فكان الاشتباه والاشكال . الأمر الذي جعل عمر
ابن الخطاب يقول : « ثلاث وددت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد
الينا فحين عهداً ننتهى اليه الجدد ، والكلاله ، وأبواب من أبواب الربا »
يعنى بذلك بعض المسائل التي فيها شائبة الربا (١).

وروى أنه خطب الناس في خلافته فقال : أيها الناس اني لعل أنهاكم
عن أشياء تصلح لكم ، وأمركم بأشياء لا تصلح لكم ، وان من آخر القرآن
نزولا آية الربا ، وأنه قد مات رسول الله ولم يبينه لنا ، فدعوا ما يريكم
الى ما لا يريكم .

وفي رواية : ان من آخر ما نزل آية الربا ، وأن رسول الله قبض
قبل أن يفسرها فدعوا الربا والريبة (٢).

واذا وصل اشكال الربا الى هذا الحد فلا غرابة أن يختلف الفقهاء
في جريانه فيما عدا تلك الأصناف التي عدها الحديث .

فقصره قوم عليها ، ولم تكن علة القصر قاصرة على عدم القول بالقياس
كما يقول أهل الظاهر ، بل منه بعض القائلين بالقياس بحجة أن علل
القياسيين فيها ضعيفة .

يقول ابن القيم (٣) : تحريم الربا في الأشياء الستة متفق عليه ، ثم قصره
بعضهم عليها ، وأقدم من يروى هذا عنه قتاده ، وهو مذهب أهل الظاهر ،
واختيار ابن عقيل من الجنبلة في آخر مضيقاته مع قوله بالقياس معللا
ذلك بأن علل القياسيين في مسألة الربا ضعيفة ، وإذا لم تظهر علة امتنع القياس .

(١) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٣٢٧

(٢) المرجع السابق ص ٣٢٨

(٣) تفسير المنار الموضع السابق ص ١٨١

وعده آخرون الى غير هذه الأنواع بطريق القياس من غير أن يتفقوا على علة التعدية ، ^(١) فحكم كل امام علته التي استنبطها في التحريم ، فحرم بها أشياء قد يوافق عليها غيره ، وقد يخالفه كما هو مفصل في موضعه من كتب الفروع .

فالربا فيما عدا الأنواع الستة غير متفق على تحريمه بين أئمة الاجتهاد ، ولكن المتأخرين من الفقهاء أطلقوا لأقسطهم العنان ، فحرموا بها تصرفات كثيرة تحت عنوان الربا وشبهه الربا مستندين في ذلك الى ما يروى أن رسول الله حرم الربا والريبة ، وفسروا الريبة بشبهه الربا .

وهكذا فتحوا أبواب التحريم ظناً منهم أن دين الله يقضى بذلك ، فأوقعوا عباد الله في الحرج ، ومنعواهم من تحصيل المصالح باسم الربا ، وشبهه الربا ، حرموا بمجرد الشبه ولو كان بعيداً .

وقد يرجحون الشبه المحرم عند تعارض الأشياء ، وكل ذلك لا يتفق مع أسلوب التشريع الذي جعل التحريم والمنع على خلاف الأصل ، فعدد المحرمات ، وأطلق في الإباحة ، وجعلها الأصل في الأشياء في غير آية ^(٢) ، "خلق لكم ما في الأرض جميعاً" ^(٣) ، "ونضر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعاً منه" ^(٤) .

(١) فالملكية جعلوا علة تحريم النساء في الذهب والفضة كونهما رؤوساً للأمان وقياً للمنفقات وفي الأصناف الأربعة هي السلم والادخار ، وقيل الادخار فقط ، والشافعية . وافقوا في اللهب والفضة ، وجعلوها في غيرها الطعم يعني كون الشيء مطعوماً مقتاتاً ، والحنفية جعلوا العلة في الكمال اعتماد القدر من الكيل والوزن ، وأما علة تحريم التفاضل فهي اعتماد الصنف مع ما سبق .
(٢) ~~في الآية~~ "خلق لكم ما في الأرض جميعاً" ^(٣) ، "ونضر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعاً منه" ^(٤) .
ولكن لا يلاحظ في الآية "خلق لكم ما في الأرض جميعاً" قوله تعالى "ويجعل لكم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث" لأن هذا لا ينافي مع "يخلق لكم ما في الأرض جميعاً" التي جاءت بها التوراة ، ومنها أنه يجعل لكم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ، وقد بيئت الآيات الأخرى أنه في مقام التحريم يمدد المحرمات أو يجعلها مستثناة وفي مقام التحليل يطلق من غير تمديد إلا ما يظن أنه يحرم عليهم "اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم" .

(٣) البقرة - ٢٩

(٤) البقرة - ١٣

فهو في مقام التحريم يعدد أو يستثنى ، وفي مقام التجليل يطلق .
”حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم...” الى أن قال ”وأحل لكم ما وراء ذلكم“
”قل لا أجد فيما أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دماً
مسفوحاً...” الآية .

فن سوى بين التحريم والتجليل بالقياس فقد أبعد عن سنن التشريع .
ومن هنا وجب اعادة النظر فيما حرمه الفقهاء المقلدون ، وسدوا
به أبواباً من المعاملات على الناس فضيقوا عليهم باسم الدين لجرد الشبه ،
أو لأنها لم تكن في العصر الأول .

وما نراه اليوم من أوضاع اقتصادية جديدة لم تكن في العصور السابقة
ولم يعطها الفقهاء أحكاماً ، أو ظنوا الناس داخلية في الربا لا ينبغي لنا أن نرفضها
لجرد أنها جديدة لا نجد لها نظيراً في كتب الفقه ، أو أنها تشبه المحرم في بعض
نواحيه ، وانما الحل الصحيح فيها أن تعرض للبحث من جديد على ضوء
قواعد الاسلام ومبادئه ، فإوجدنا له منها مخرجاً اسلامياً بوضعه أبيض كما هو ،
وما وجدناه يتناقض مع القواعد والأصول نحاول تعديله والتغيير فيه حتى يتوافق
معها ، فإن أبى التعديل طبق عليه حكم الضرورات ، وعندئذ تصبح أوضاعاً
اسلامية تضاف الى غيرها مما اجتهد فيه الفقهاء السابقون . ولنا في هذا التعديل
أسوة برسول الله ، فقد تقدم قريباً قوله : « يع الجمع بالدرهم ثم اشترى بها
جنيهاً » ، وقوله في شأن السلم بعد ما نبى عن بيع ما ليس عند الانسان
« من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » .

أما المعاملات الربوية الصريحة التي زحفت علينا من الغرب ، وأصبحت
في كياننا الاقتصادي ، ولا يمكن الغاؤها الآن بتشريع عاجل ، لما يترتب
على هذا الالغاء من اضطراب التعامل ، وتعطل أسواق التجارة مع بلاد
كل تعاملها بالربا ، وما يتبع ذلك من بلبلة في الاقتصاد — كما قيل —
هذه المعاملات تترك الآن دفناً للحرج ، وحرصاً على تحصيل مصلح
الناس ، على أن يكون ذلك تشريعاً استثنائياً مستثنى من أجل هذه الضرورة

مع البحث الجليلي فوراً عن طريقة لاستقلال اقتصادنا عن الاقتصاد الغربي القائم في أصله على الربا ، فننشئ اقتصاداً يقوم على مبادئ الاسلام الصحيحة يشترك فيه كافة الدول الاسلامية والعربية وغيرها من الدول الصديقة التي ترغب في ذلك (١).

اننا ان فعلنا ذلك أمكننا أن ننصل عن الغرب اقتصادياً ، وبه يتم استقلالنا الحقيقي ، وفي خيرات البلاد العربية والاسلامية ومواردها الوفيرة ما يغنيننا عن التعامل مع هؤلاء الربويين ، وحينذاك يجد الغرب

(١) وما يشجع على ذلك - وقد بات الأمل قريباً في الانفصال والاستقلال - أن الوعي تيقظ في الدول الاسلامية والعربية والدول الصديقة لها من الدول الأفريقية والآسيوية ، وبدأ العمل على التحرر الاقتصادي مثلاً في المؤتمر الاقتصادي الأفريقي الآسيوي الذي انعقد لأول مرة في ديسمبر عام ١٩٥٨ لتقوية التعاون الاقتصادي بين دول القارتين ، ومنذ ذلك الحين وهو يعمل جاهداً على إرساء دعائم ذلك التعاون استجابة لمؤتمر بانكوانج الذي سبقه عام ١٩٥٥ ، حتى اعتبر - بحق - ثمرة من ثمراته .

وها هو ذا ينعقد للمرة الثانية في ٣٠ أبريل سنة ١٩٦٠ ، ويفتتحه الرئيس جمال عبد الناصر منبأ إلى مواطن الخطر فيقول : « إن الصلة وثيقة بين الاقتصاد والسياسة ، وأن الحرب السياسية تبدأ غالباً بحرب اقتصادية » ، وأن الاستثمار ضروب مختلفة ، وأن من أسوأ أنواعه الاستثمار الاقتصادي ، ولا يمكن لأي دولة جديدة أن تظن على استقلالها السياسي إذا لم يتحرر اقتصادها من سيطرة الاستثمار » .

وجاء في خطاب الرئيس سيكتودوري رئيس جمهورية غينيا الجديدة : « إن تدمير العلاقات التجارية بين بلاد آسيا وأفريقيا وتقوية العلاقات التجارية بين كل دولة أفريقية وجاراتها وبين كل دولة أفريقية وشقيقتها الدولية الآسيوية هو في نظري أكبر قوة محطمة للاستعمار ، وأكبر قوة لبناء الاقتصاد الأفريقي الآسيوي » . صحيفة الجمهورية أول مايو سنة ١٩٦٠ ، ومجلة بناء الوطن العدد ١٣١ سنة الأولى .

سواءً كانت الدول الأوروبية أنشأت سوقاً أوروبية مشتركة لتواجه به التهديد الاقتصادي الذي تصوره موجهاً لها من جانب البلاد المتحررة في آسيا وأفريقيا أم لا يجد بنا أن نحمي أنفسنا واقتصادنا من أكلة الربا .

وأصلح نظام في نظري يؤمناً إلى النجاة هو النظام الذي أدانا دولتي الأكاسرة والقيصرة فيا نسمى من التاريخ به وأبشع فلا بكل محبرة أنه أصلح نظام طرفته الانسانية منذ قامت خلافة الانبياء على الأرض .

نفسه مضطراً الى التعامل معنا على الأسس التي نختارها ، فان لم يكن مفر من التعامل معهم على الوضع القائم فليحصر في نطاق الضرورة الذي دل عليه قوله تعالى " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه " ، وطبقه رسول الله ملائماً بين التشريع وواقع الناس في عصره .

ولا يفوتني هنا أن أنه على مبدأ آخر يدخل في حل المشكلة ، وهو أن الشارع استثنى بعض أفراد الربا لحاجة الناس كالقروض والعرايا ، وأن بعض الفقهاء جوز القياس على ما استثناءه الشارع اذا كان المقيس في معنى المقيس عليه .

فالغزالي يقول : إن ما استثنى عن قاعدة سابقة ويتطرق الى استثناءه معنى فهذا يقاس عليه كل مسألة دارت بين المستثنى والمستبقى ، وشارك المستثنى في علة الاستثناء ، مثاله استثناء العرايا ، فانه لم يرد ناهياً لقاعدة الربا ولا هادماً لها ، لكن استثنى للحاجة ، فنقيس العنب على الرطب لأننا نراه في معناه ، وبعد ذكر مثال آخر ليس من باب الربا قال : ولولا أنا نشم منه رائحة المعنى لم نتجاسر على اللاحاق .

فأين هذا مما فعله متأخروا الفقهاء من التغلّي في التحريم بالقياس وادخال أشياء كثيرة في الربا والرّية ١٩

ومن هذه المشكلات نظام الحدود والعقوبات المقدرة شرعاً على بعض الجرائم فإن دعاة التمدن يقولون : انه نظام لا يلائم المذنبات العصرية ، فقطع يد السارق فيه قسوة وشدة لا تتناسب مع سرقة مال الغير مهما غلبت قيمة المال ، وجلد الزاني ورجمه أشد قسوة من سابقه ، وكيف يستساغ جلد سكران ثمانين جلدة على أن شرب بكاء من خمرة ١٩

وجوابنا على ذلك أن الشارع شرع هذه العقوبات المقدرة المحددة في أقصى نطاق من حيث قدرها وحددها لست جرائم هي : القتل وقطع الطريق « الخرابية » ، والزنى ، والحدف والسرقة وشرب الخمر والاختمالة

الأولى لها عقوبات مقدرة في القرآن ، ولا خلاف فيها ، وأما شرب الخمر فعقوبته ثابتة بالسنّة ، ويختلف في أنها حد أو تعزير ، وكذلك في مقدارها ، وزيد كذلك في السنّة عقوبة على الارتداد عن الاسلام « من بدل دينه فاقتلوه » .

قدر الشارع عقوبات هذه الجرائم لشيوعها بين الناس ، وعظم جرمها في حق المجتمع ، لأنها اعتداء على الأمور الضرورية « النفس والمال والعرض والنسب والعقل والدين » .

قدر هذه وترك ما عداها من غير تحديد لجزاء مفوضاً الأمر فيها الى الولاية يقدرونه حسبما تقتضي به المصلحة ، وانما فعل ذلك ليكون التشريع مرناً صالحاً للتطبيق في كل عصر ، وفي جميع البيئات ، ولأن الجرائم لم تنحصر فيما كان موجوداً حين التشريع ، ففي كل يوم يولد جديد في عالم الاجرام .

والجزاء المفوض في باب التعزير ينتدىء من الكلمة الزاجرة ، وينتهي عند أشد العقوبات وهي القتل .

والتعزير يجب على فعل كل منكر يخالف للنظام الشرعي ، سواء أكان اخلاقاً بواجب ديني أم عدواناً على الغير ، فيدخل في ذلك السب والشتم والغش والاحتيال والتزوير ، وشهادة الزور والاستهزاء بالدين ، وترك الواجبات من صوم وصلاة وغيرها .

ولعل مسلك القوانين الحديثة في جعلها لكل جرعة عقوبة لها حدان أدنى وأعلى ، وتركها للقاضي حرية الاختيار حسبما يرى ، لعل ذلك جاء تقليداً للنظرية الاسلامية في التعزير المفوض أصل تقدير العقوبة فيه الى القاضي .

مقصد الشارع من تشريع الحدود

والاسلام حينما شرع تلك العقوبات لم يقصد منها الا اصلاح المجتمع بمنع وقوع هذه الجرائم أو تقليل وقوعها ، وفي دائرة الاصلاح شرعها ، لذلك لم يحد منه جرماً على اثبات تلك الجرائم ، ولا تشوفاً الى اقامة الحدود عليها . فقد شرط في اثباتها شروطاً يقل معها الاثبات أو ينلر .

فالزنى مثلاً لا يثبت الا باقرار الزانى نفسه اقراراً صريحاً لا شبهة فيه ،
أو بشهادة شهود أربعة تتوفر فيهم العدالة والمعاينة .

فشهود أربعة يتفقون على رؤية الجانى على وضع واحد ، بحيث
إذا اختلفوا فى الشهادة سقطت شهادتهم يدل دلالة واضحة على أن العقوبة
- فى الحقيقة - على الاعلان والمجاهرة بالفعل الشنعاء ، لأن من يفعلها
بحيث يراه هذا العدد من الشهود ، ويقفون على حقيقة فعله يكون مستهزأ
بمجاهرة بفعله القبيحة غير مبال بقانون ولا حاسب للمجتمع الذى يعيش
فيه حساباً ، بل أنه شخص تجرد من انسانيته يجرىء الناس على هذا القبيح
ويدعوهم الى ارتكابه .

ومن هنا استحق عقوبة زاجرة تقام عليه فى ملأ من الناس ليكون
جزاء وفاقاً " الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم
بهما رائحة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما
طائفة من المؤمنين " (١) .

ويؤيد ذلك ما روى عن رسول الله أنه كان يقول : « من أصاب من هذه
القاذورات شيئاً فاستتر فهو فى ستر الله ومن أبدى صفحته أقمنا عليه الحد » (٢) .

ويأتى من وراء ذلك أمر الشارع ببدء هذه الحدود صراحة ، يقول
رسول الله فيما رواه السيوطى فى الجامع الصغير : « ادرعوا الحدود عن المسلمين
ما استطعتم فان وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فان الامام لأن يخطئ
فى العقوبة خير من أن يخطئ فى العقوبة » .

وفى رواية أخرى « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً » (٣) .

(١) النور - ٢

(٢) كشف الغمة ج ٢ ص ١٣٠

(٣) المرجع السابق ص ١٣١

وروى عن عمر أنه قال : « لأن أعطل الحدود في الشبهات خير من أقيمها في الشبهات » (١) .

بل أكثر من ذلك أن رسول الله في قصة ماعز كاد أن يلقيه الرجوع عن اعترافه بالزنى ، فقد أعرض عنه أربع مرات ، وفي الخامسة قال له : لعلك قبلت أو لمست أو نظرت ... ولم يأمر بأقامة الحد عليه الا بعد أن اعترف به صراحة .

روى أبو هريرة قال : جاء رجل الى رسول الله فشهد على نفسه أربع مرات أنه أصاب امرأة حراماً ورسول الله يعرض عنه ، فأقبل في الخامسة فسأله عن فعله صراحة من غير كتابة ، فلما أجابه قال له : فهل تدري ما الزنى ، قال نعم : أثبت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً ، قال : فما تريد بهذا القول ، قال : أريد أن تطهرني يا رسول الله ، فأمر به فرجم » (٢)

وروى بريدة رضى الله عنه قال : جاءت الغامدية « امرأة من غامد من الأزد » فقالت : يا رسول الله انى قد زنت فطهرني فردها ، فلما كانت من الغد قالت : يا رسول الله لم تردني ، لعلك تردني كما رددت ما عزا فوالله انى لحبلى ، قال : أما اذاً فاذهبي حتى تلدى ، فلما ولدت أثنته بالصبي في خرقة وقالت : هذا قد ولدته ، قال : اذهبي فأرضعيه حتى تطفميه فلما طفمته أثنته بالصبي في يده كسرة خبز ، فقالت هذا ابني يا نبي الله قد طفمته وقد أكل الطعام ، فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ، ثم أمر به فحفر لها الى صدرها وأمر الناس فرجموها » (٣)

هذا هو الاقرار الذى يثبت حد الزنى لا يقبل من المقر أول الأمر ، بل يرد مراراً حتى يلازمه الاثبات أنه يجاد في انقذاره ، ومع هذا التكرار ينبغي أن يسأل عنه . هل به جنون أو مرض ، فاذا لم يكن به شيء من ذلك

(١) الخراج ص ١٥٣

(٢) كشف النقبة ص ١٣٢ ، ص ١٣٣

أقيم عليه الحد ، ويبدأ الامام ، ثم الناس ، فان رجع بعد الافرار اعتبر رجوعه ، ودرى عنه الحد ، فان لم يرجع صراحة لكنه فر عند إقامة الحد عليه اعتبر هذا الفرار رجوعاً ، لما روى في قصة ماعز أنه فر حين مسته الحجارة ، ولم يتركوه حتى مات ، وأن رسول الله قال لهم لما بلغه خبره «هلا تركتموه» (١) .

وأما الشهادة ففيها بعد اشتراط نصاب معين ، وعدالة الشهود ، وانفاقهم على الروية على وضع معين لا شبهة فيه ، أن الشهود مخبرون بين السر والشهادة ، والسر أفضل ، ولذا قرر الفقهاء : أن القاضي اذا رأى الشخص يزنى لا يحل له أن يقيم عليه الحد يعلمه ترجيحاً لجانب السر (١) .

وفوق ذلك فانهم يترددون في أداء الشهادة ، لأنهم يعلمون مقدماً أنه اذا لم تتم شهادتهم لشبهة من الشبه كانوا قذفة ، فيحلون حد القذف فهذا الوضع يمنع الشهود من أداء الشهادة غالباً .

ثم انه لو تمت شهادتهم وثبتت الجريمة وحكم بإقامة الحد أمر الشهود بالبدء بالضرب في الرجم لتأكد من صدقهم ، فاذا امتنعوا ولو كان مجرد الخوف والرهبه اعتبر ذلك بمثابة الرجوع منهم عن الشهادة فيسقط الحد عنه .

فأين مع كل هذا الاحتياط والتحرز فظاعة حد الزنى وقسوته ؟ ؟
ومما تجب ملاحظته هنا أنه ليس معنى سقوط الحد بالشبهة أن يسقط العقوبة عنه حتى يكون ذلك مشجعاً هؤلاء الزناة على الاسترسال في فعلهم بل انه يعاقب عقوبة أخرى أخف (٢) من الحد على سبيل التعزير يختارها ولي الأمر ، لأن الحدود فيها حقان .

(١) الخراج ص ١٦٣

(٢) الخراج ص ١٧٨

(٣) أخف في العدد فقط ، والا فان الضرب في التعزير يكون أشد من الضرب في الله . يقول أبو يوسف : « وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب ، وضرب الثارب أشد من ضرب القاذف ، والتعزير أشد من ذلك كله . المرجع السابق ص ١٦٦ ، ص ١٦٧

١ - حق المجتمع في أصل العقاب لينزجر الجاني عما يتضرر به الناس وهذا لا يسقط أصلاً .

٢ - حق الشرع في نوع العقاب المقرر ، وهو الذي يسقط بالشبهة .

وأما حد السرقة فقد نظر اليه بعض الناس من زاوية أنه اعتداء على مال الغير ، والمال أقل من النفس ، فكيف تقطع اليد في المال مع تفاهته ؟!

وهم يتصورون مع ذلك جيشاً من اللصوص بات مقطوع الأيدي ، فيعجزون عن العمل ، فيصبحون عالة على الناس .

وهذه نظرة خاطئة ، لأن المال جعله الله نعمة مفيدة للمجتمع كله ، وأداة لإصلاحه ، فعليه يتوقف قيام التجارة ، وإحياء الصناعة ، وتنمية الزراعة ، ومنه تؤخذ الزكاة التي تسد بها حاجة المحتاجين وتجبي الضرائب التي ينفقها ولي الأمر في مصالح الأمة كلها .

وهذا يكشف لنا عن حكمة اضافته في القرآن الى الله عز وجل مرة ، وإلى الجماعة مرة أخرى ، فالأولى تفيد أن الملك الحقيقي لله ، والمالكن مستخلفون فيه للقيام عليه حفظاً وتنمية ، ثم انفاقاً في وجوهه المرسومة لهم ، والثانية تدل على أن نفعه للجميع .

يقول الله تعالى " آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه " (١) ، ويقول " وآتوهم من مال الله الذي آتاكم " (٢) ، " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " (٣) ، " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً " (٤)

ومن هنا يكون الاعتداء على الأموال اعتداء على المجتمع كله ، وإشاعة لعدم الأمن فيه ، فيستحق المعتدي جزاء مؤلماً يلازم جرمته .

(١) الحديد - ٧

(٢) النور - ٣٣

(٣) البقرة - ١٨٨

(٤) النساء - ٥

فالبذ المتعدية التي أسرفت في الاعتداء على أموال الغير . أموال المجتمع ، وولدت الرعب في نفوس المالكين ، أسرفت في السرقة من غير حاجة تدعوها لذلك . يد آثمة ، وعضو مريض أساء صاحبها الظن بالله تعالى ، وترك الثقة بضمائه ، وترك الاعتماد على قسمه ، وتمهده برزقه "وما من دابة في الأرض الا على الله رزقها" (١) ، "نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا" (٢)

ان يداً كهذه لا تستحق غير القطع .

ومن تتبع اجتهادات الفقهاء وجد صوراً عديدة من السرقة لا قطع فيها للأيدى لما اكتنفها من شبه ، وان وجبت على المعتدين عقوبة أخرى ، فلو أقيم هذا الحد بشروطه لم يترك لنا جيشاً جراراً من مقطوعي الأيدى كما يقولون .

يقول أبو يوسف في خراجه (٣) : « ولا يقطع أحد في سرقة من أبيه ولا من أمه ولا من ابنه ولا من أخيه ولا من أخته ، ولا من زوجته ، ولا من ذى رحم محرم منه ، ولا تقطع المرأة في السرقة من مال زوجها ، ولا السارق من اللحم ولا من الحانوت المفتوح للبيع المأذون فيه ولا من الحان اذا دخله ، ولا الشريك في سرقة من شريكه من متاع الشركة ، ولا يقطع من سرق ودیعة عنده أو عارية أو رهنا ... قال : والذي يدخل داراً أو حانوتاً ويجمع متاعاً ولم يخرج به فانه لا يقطع ، ولكن يوجع عقوبة ويحبس حتى يتوب ، ومثله الذي يسرق الحيوان من مراعيها ، والثمار قبل جمعها في حرزها ، ثم روى حديث رسول الله « لا قطع في ثمر ولا كثر » الكثر طلع النخل ... ثم قال : « ولا سرقة في طعام يؤكل ، ولا في فاكهة رطبة ولا في الخطب ولا في الحشب ولا في الحجارة كلها » .

(١) هود - ٦

(٢) الزخرف - ٣٢

(٣) ص ١٧٠ وما بعدها

وهكذا نجد أبواب الشبهات التي يدرأ بها هذا الحد متعددة ، فشبهة
تأني من جانب المسروق منه ، وأخرى تنبعث من مكان السرقة ، وثالثة
تجىء من نوع المال الذي وقعت السرقة عليه ، وقد يكون للوقت الذي حدثت
فيه دخل في اسقاط الحد كما حدث في عهد عمر ، فانه نهي عن القطع
في عام الحجاة .

ثم ان الشارع لم يكن حريصاً على اقامة هذا الحد لاعتباره الشبهة مرة ،
 ولتدبه الى الستر مرة أخرى .

بل ان رسول الله كان ينفي التهمة عن ادعى عليه .

فقد روى أنه أتى برجل ، فقيل هذا سرق شملة ، فقال عليه الصلاة
 والسلام « ما أخاله سارقاً » ، وفي رواية « ما أخاله سرق ، أسرقت ؟ » .

وكذلك أصحابه من بعده كانوا يفعلون مثل ذلك ، فقد روى أن أبا
 هريرة أتى بسارق ، وهو يومئذ أمير فقال : « أسرقت ؟ قل لا ، أسرقت ؟
 قل لا » (١) .

كما روى أن علياً كرم الله وجهه أتى برجل فشهد عليه رجلان أنه سرق
 فأتخذه في شيء من أمور الناس ، ثم هبده شهود الزور ، فقال : لا أوثق
 بشاهد زور الا فعلت به كذا وكذا ، ثم طلب الشاهدين فلم يجدهما ،
 فدخل سبيل الرجل (٢) .

وفوق ذلك كان الرسول يحب الصفح والعتق من المحن عليهم ،
 ويحب الشفاعة للجاني قبل أن يصل الأمر اليه . بل أكثر من هذا أنه كان
 يتألم حتى يظهر الألم على وجهه حينما يقضى بقطع يد سارق .

(١) جاء في الرواية « قول لا » بوار بعد اللقاف ، وقالوا في توجيهها إن الواو تولدت
 من اشباع القصة والا فالصفح فيها « قل لا » .

(٢) الخراج ص ١٧٦

فقد روى ابن مسعود : أن أول حد أقيم في الاسلام لسارق أتى به النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما قامت عليه البيعة قال : « انطلقوا به فاقطعوه » ، فنظر الناس الى وجه رسول الله كأنما سقى - والله - عليه الرماد ، فقالوا : يا رسول الله لكأن هذا اشتد عليك ، فقال : وكيف لا يشتد على وأنتم أعوان الشيطان على أخيك ؟ ، قالوا : فهلا خليت سبيله يا رسول الله ؟ ، قال : أفلا كان هذا قبل أن تأتوني به ، فان الامام اذا بلغه حد فليس له أن يعطله (١) ، ثم قرأ « وليعفوا وليصغروا ... الآية » .

وروى ابن عمر قال : كان رسول الله يقول « تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب » .

وقد شفع على والزبير في سارق قبل أن يذهب به إلى الامام .

على أن شدة العقاب لا تمنع من تقريره ، لأن المقصود من شرعيته الزجر ، ومجرد تقريره واقامته مرة أو مرتين وإعلان ذلك للناس كاف في تحقيق الغرض منه ، فان مقطوع اليد اذا سار وسط الناس حل معه الانذار المخوف لكل من تحدته نفسه بالاعتداء على أموال الغير .

وفي هذا يقول أبو يوسف (٢) مخاطباً الرشيد : « ولو أمرت بإقامة الحدود لقل أهل الجبس ، ونخاف الفساق وأهل الدعارة ، ولتناهوا عما هم فيه » ، ثم يحتم مقاله بقوله : « ان الأجر في إقامة الحدود عظيم والصلاح فيه لأهل الأرض كثير » .

وأقرب مثال لذلك ما حدث في المملكة العربية السعودية عند ما قرزت قطع يد السارق ، ونفذته مرات معدودة ، فقد عم الأمن ربوعها ، وبات كل واحد وهو قرير العين . مطمئن النفس على أمواله ، وصار التاجر

(١) كشف الغمة ج ٢ ص ١٣٨

(٢) المراجع ص ١٥١

يترك متجره مفتوحاً من غير حارس ، ويذهب لأداء الصلاة أو لقضاء مصالحه ، ثم يعود اليه فيجده كما تركه لم يمسه أحد ، بل أكثر من هذا . ان من يفتقد شيئاً في طريقه ويذهب الى مقر الشرطة يجده هناك في أغلب الأحوال .

وهنا تتجلى لنا حكمة الاسلام في تشريعه ، ويظهر لنا سر التعبير بالنكال في قوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم " (١) .

فالنكال هو العقوبة الرادعة التي تردع المعاقب ، وتحذر غيره من صنع مثل ما صنع ، يقال : نكل به تنكيلا اذا صنع به صنيعاً يحذر غيره (٢) .

كما يكشف لنا سر ختم هذه الآية بقوله " والله عزيز حكيم " فان معناه عزيز في انتقامه من السارق وغيره من أهل المعصية . حكيم في فرائضه وحلوده .

روى أن بعض الأعراب سمع قارئاً يقرأ آية " والسارق والسارقة " وخنمها بقوله " والله غفور رحيم " ، فقال ما هذا كلام فصيح ، فقيل له : ليست التلاوة كذلك ، وإنما هي " والله عزيز حكيم " فقال : يخ يخ عز **فحكم**

هذا هو موقف الاسلام من اقامة الحلود . احتياط بالغ في طريقة اثباتها ، ثم اسقاطها بالشبهات ، بل تلقين الرجوع لمن أقربها ، ومنه نعرف

... (١) المائدة - ٣٨ .

(٢) وأصله بن النكل بالكسر وهو القيد الشديد ويقال للجام الثقيل أيضاً ، ومنها بذلك كبريتها للعين ، وأصله إنكال ، ومنه قوله تعالى " ان لدينا أنكالا وجحوماً وطعاماً ذا غصة وعذاباً أليماً " المزمل - ١٢ ، ١٣ .. وسميت العقوبة نكالا ، لأنها تحذر غير من نزلت به ارتكاب موجه . راجع تفسير ابن كثير ج ١ ص ١٠٧ ، ج ٢ ص ٥٦ ، والبحر المحيط ج ١ ص ٣٤٦ ، ج ٣ ص ٤٨٤ ، وتفسير القرطبي ج ١ ص ٣٧٧ ، ج ٦ ص ١٧٤ ، وصفوة البيان لمعان القرآن ج ١ ص ٣٢ ، ص ١٩٢

مدى حرصه على بنى آدم الذين كرمهم الله ، وفضلهم على من سواهم ،
وخلق لهم ما فى الأرض جميعاً .

فلو أن حكام المسلمين أعلنوا فى الناس عزمهم على إقامة حدود الله
على كل خارج على المجتمع مستريحاً حرمانه من دماء وأعراض وأموال ،
ثم سلكوا فى إقامتها الطريقة التى سلكها رسول الله ، وتبعه عليها أصحابه
لانتزح المجرمون ، وقلت الجرائم حتى لم يبق مجال لا قائمة تلك الحدود
الا فى أضيق نطاق .

ان المسألة تحتاج الى حذر بالغ من أولى الأمر ، وليست بالسهولة
التي يتصورها الناس .

وفى ختام هذا البحث أضع أمام القارئ مقالة فقيه من فقهاء الاسلام
الأوائل ، وقاضى قضاته أبان ازدهار الدولة الاسلامية . رسم فيها لخليفة
المسلمين حينذاك الطريقة السليمة لإقامة الحدود ، وكشف له عن انحراف
ولائه وأعدائه فى ذلك .

يقول أبو يوسف فى خواجه (١) - بعد أن أبان أحكام الحدود وطرق
اثباتها - وتقدم يا أمير المؤمنين الى ولاتك لا يأخذون الناس بالهم ،
يجمي الرجل الى الرجل « أى الوالى » فيقول : هذا اتهمنى فى سرقة سرقت
منه ، فيأخذونه بذلك وغيره ، وهذا مما لا يحل العمل به ، ولا ينبغي
أن تقبل دعوى رجل على رجل فى قتل ولا سرقة ، ولا يقام عليه حد
الا بينة عادلة ، أو باقرار من غير تهديد من الوالى له أو وعيد على ما ذكرته
لك ، ولا يحل ولا يسع أن يحبس رجل بتهمة رجل له ، كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يأخذ الناس بالقرف ، (٢) ولكن ينبغي أن يجمع
بين المدعى والمدعى عليه ، فان كانت له بينة على ما ادعى حكم بها ،

(١) ص ١٧٥ .

(٢) القرف . التهمة ، والجمع القراف .

والأخذ من المدعى عليه كفيل وخلقى عنه (١) ، فان أوضح المدعى عليه
بعد ذلك شيئاً ، والا لم يتعرض له ، وكذلك كل من كان في الحبس
من المتهمين فليفعل ذلك به وبمخصصه ، فقد كان يبلغ من توقي أصحاب
رسول الله الحدود في غير مواضعها ، وما كانوا يرون من الفضل في درئها
بالشبهات أن يقولوا لمن أتى به سارقاً : أسرقت ؟ قل لا .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل فقيل هذا سرق شملة ،
فقال عليه الصلاة والسلام « ما أخاله سارقاً » .

(١) أليس هذا هو الضمان الشخصي الذي تأخذ به القوانين الحديثة ؟ .

المستحدث في مشروع قانون المرافعات الموحد^(١)

للمؤستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا

أستاذ المرافعات المدنية والتجارية بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

٢٤- في حضور الخصوم : وجوب حضور محام عنهم .

رأى المشروع أن يستوجب حضور محام عن الخصوم في القضايا أمام محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية سواء في استئناف أحكام المحاكم الجزئية أم في الدعاوى المرفوعة الى المحاكم الابتدائية ابتداء ، وذلك بقصد توفير وقت المحكمة وحتى تتمكن بوساطة المحامي من تحديد نطاق الخصومة وتبين طلبات الخصوم ودفاعهم على الوجه السريع . ونتيجة لهذا اذا حضر الخصم وحده دون محام عنه في الأحوال المتقدمة فانه يعتبر متخلفاً عن الحضور .

انما يجوز للخصوم تقديم مستندات أو مذكرات بأنفسهم دون أن تكون موقعة من محام عنهم .

هذا ومن ناحية أخرى ، قصد المشروع بالقاعدة المتقدمة حماية مصالح الخصوم أنفسهم حتى لا يسيثوا الدفاع عن أنفسهم (المذكرة التفسيرية للمشروع) .

أما بالنسبة الى الدعاوى المرفوعة الى المحاكم الجزئية فانه يجوز للخصوم الحضور بأنفسهم أو بوكيل عنهم من المحامين بمقتضى توكيل خاص أو عام وللمحكمة أن تقبل في النيابة عنهم من يختارونه من الأقارب والأصهار الى الدرجة الثالثة .

(١) نكتب هذا الموضوع في سلسلة من المقالات الأولى منها نشرت في العدد السابق من هذه المجلة .

ولما كان المشروع قد اعتبر تقديم المذكرة من جانب الخصم بمثابة حضور ، ولما كان قد سمح للخصم بتقديمها بغير حاجة الى توقيع المحامى عليها فقد يتحايّل الخصوم على القانون بالاعتصار على تقديم مذكرات دون الحضور مع محام عنهم .

ومع ذلك نرى أن هذا التحايّل مقبول لأن حضور الخصم وحده يعطل عمل القاضى فى الجلسة بينما تقديم المذكرة لا يعطله . كما أن الالتزام بتوقيع المحامى على كل الأوراق المقلّمة الى المحكمة فيه ارهاق للخصوم وعناء عليهم واذا كان هذا هو المتبع أمام محكمة النقض فذلك لاعتبارات خاصة أساسها أن الخصومة فى النقض تتصل بصحة تطبيق القانون وسلامته فيجب أن يتحدد نطاقها بمراعاة هذا الاعتبار ولا تشغل المحكمة بغير ذلك .

هذا ويلاحظ أن المشروع فرق بين الدعاوى التى تنظرها المحاكم الجزئية وبين الدعاوى التى تنظرها المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ، وأوجب بالنسبة الى الأخيرة وحدها حضور المحامى حتى لا يرهق الخصوم بكثرة مصروفات الدعاوى القليلة القيمة ، هذا على الرغم من أن موالاة اجراءات الخصومة — أيا كانت قيمتها — أو موالاة الدفاع فيها هو عمل فىي يستلزم فيمن يقوم به فى كل الأحوال ثقافة قانونية . ولعل الأمر ينتهى فيها بعد الى القاعدة المتقدمة فى كل الأحوال وأيا كانت قيمة الدعوى ، فالمرشح مثلا اذا استلزم أن توقع خريطة ما من مهندس نقابى يستوجب ذلك فى كل الأحوال أيا كانت قيمة المشروع المطلوب اقراره وتنفيذه .

واحترام القاعدة المتقدمة أمر يستوجب النظام العام بمعنى : أن على المحكمة من تلقاء نفسها عدم الاعتداء بحضور الخصم فى الحالات التى يستوجب فيها التشريع حضور محام عنه ، وعليها عندئذ تأجيل نظر القضية الى جلسة أخرى . واذا استمعت المحكمة الى أحد الخصوم دون حضور محام عنه وبنت حكمها على ما أدلى به هذا الخصم شفاهة فى الجلسة فان الحكم يكون مبنياً على اجراءات باطلة ، ولا يملك أن يتمسك بالبطلان فى هذه الحالة المتسبب فيه أى الخصم

الذى حضر بغير محام عنه - وذلك عملاً بالقواعد العامة التى تنضى بعدم قبول الدفع بالبطلان ممن تسبب فيه .

ويتعين حضور المحامى ولو عند استجواب أحد الخصوم بأمر المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصم فى الدعوى - والا كانت الاجراءات باطلة .

٢٥- فى غياب الخصوم : تقديم المذكرة بعد بمثابة حضور يغنى عن اعادة الاعلان .

نصت المادة ١٠٢ من المشروع على أنه اذا حضر المدعى أو المدعى عليه فى أية جلسة أو قدم مذكرة بدفاعه ، اعتبرت الخصومة حضورية فى حقه ولو تخلف بعد ذلك .

وقالت المذكرة التفسيرية فى تبريرها . « ان تقديم المذكرة يعد بمثابة حضور يغنى عن اعادة الاعلان عند التنبى فى الجلسة الأولى المعينة لنظر الدعوى » .

واذن متى قدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه تحقق علمه بقيام الخصومة عليه وتحقق علمه بالجلسة المحددة لنظر الدعوى ؛ وبذا لا محل لاعتبار الخصومة غيابية فى حقه ولو تخلف عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظرها . وهذا ما اتجه اليه المشرع فى القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل اجراءات رفع الاستئناف .

واذا تعدد المدعى عليهم وقدم بعضهم مذكرة بدفاعه دون البعض الآخر الذى حضر فى الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى فان الخصومة تكون حضورية فى حق الجميع بغير حاجة الى تأجيلها لاعادة اعلان من قدم مذكرة منهم .

واذا تعدد المدعى عليهم وقدم بعضهم مذكرة بدفاعه دون البعض الآخر الذى تخلف عن الحضور فى الجلسة الأولى فمن الواجب اعادة اعلان

هذا البعض الأخير ، ولا يلزم بأى حال من الأحوال إعادة اعلان ذلك البعض الذى قدم مذكرة بدفاعه لأنه يعتبر عالمًا بقيام الخصومة والجلسة المحددة لنظرها ، وما عليه الا أن يتتبع سيرها .

واذا قدم المدعى عليه مذكرة تمسك فيها ببطلان عريضة الدعوى أو ببطلان التكليف بالحضور فان الخصومة أيضاً تعتبر حضورية في حقه ، ولا يلزم تأجيلها الى جلسة تالية يعلن بها بواسطة خصمه لأن مجرد تقديم المذكرة يؤكد علمه بقيام الخصومة والجلسة المحددة لنظرها . ويلاحظ أنه اذا قدم المدعى عليه مذكرة تمسك فيها ببطلان التكليف بالحضور بسبب عيب في الاعلان أو بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة فان حقه في التمسك بالبطلان يسقط عملاً بنص المادة ١٤٠ من المشروع ، ومثله مثل من يحضر وتمسك بالبطلان بسبب عيب من هذه العيوب ، فمجرد حضوره يسقط حقه في التمسك بهذا البطلان .

واذا تخلف المدعى عليه أو المدعى عليهم كلهم أو بعضهم عن الحضور في الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى (دون أن يكونوا قد قدموا مذكرات بدفاعهم) فقد أوجب المشروع في جميع الأحوال — عدا الدعاوى المستعجلة — تأجيل نظر الدعوى لجلسة تالية يعلن بها الغائب بواسطة المدعى ويكون الحكم الصا در في الدعوى بمثابة حكم حضوري في حقهم جميعاً (م ١٠٤ من المشروع) على أن تتحقق المحكمة من أن تبلغ المدعى عليه قد وقع في المرتين صحيحاً والا كان حكمها مبنياً على اجراءات باطلة (وقابلاً للطعن فيه بالاستئناف) وبهذا الغي المشروع نظام المعارضة في الأحكام النيابية كما قدمنا في المثال السابق

والاستثناء المتقدم الخاص بالدعاوى المستعجلة مستمد من القانون القائم الذى يمنع المعارضة في الأحكام المستعجلة ولا يستوجب إعادة اعلان المدعى عليه عند تخلفه عن الحضور في الجلسة الأولى لنظر الدعاوى المستعجلة ، وذلك ابتداءً للسرعة التي تقتضيها الحال .

وجدير بالاشارة أن القاعدة المتقدمة تسرى أيضاً بالنسبة الى الطلبات الوقتية التي تبدى مع الطلبات الموضوعية سواء في عريضة الدعوى أو أثناء نظر الأخيرة بمعنى أنه اذا تقدم المدعى في عريضة دعواه بطلبات موضوعية وطلبات وقتية وتختلف المدعى عليه عن الحضور في الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم بأية مذكرة بدفاعة جاز في الجلسة الأولى نظر الطلبات الوقتية دون الموضوعية . وهذه يجب تأجيل نظرها لجلسة أخرى يعلن بها المدعى عليه بواسطة خصمه .

٣٦- وجوب اعادة اعلان المدعى عليه الغائب اذا تبينت المحكمة بطلان اعلانه :

تنص المادة ١٠٧ من المشروع على أنه اذا تبينت المحكمة بطلان اعلان المدعى عليه الغائب وجب عليها تأجيل القضية الى جلسة تالية يعلن بها بواسطة خصمه .

وهذا النص على خلاف نص المادة ٩٥ / ٣ من القانون القائم الذي يستوجب على المحكمة الحكم من تلقاء نفسها ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى اذا تبينت بطلانها .

وهكذا يبدو واضحاً تطور روح التشريع عند المقارنة بين النصين المتقدمين فبينما يستوجب القانون القائم على المحكمة الحكم من تلقاء نفسها الحكم ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى اذا تبينت بطلانها يستوجب المشروع عليها أن تكتفى باعادة اعلان المدعى عليه ، وبذا يصحح الاجراء الباطل .

وتقول المذكرة التفسيرية في توضيح النص المتقدم « كما اعتد المشروع أيضاً بنظرية تكملة الاجراء الباطل بتصحيحه فأوجب على المحكمة اذا تبينت بطلان تبليغ المدعى عليه الغائب تأجيل نظر القضية الى جلسة تالية يبلغه بها خصمه على أنه لا يعتد إلا بتاريخ التبليغ الصحيح » .

ومما تجب ملاحظته أن المحكمة لا تحكم — من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الحاضر — بتأجيل القضية الى جلسة تالية يعلن بها الغائب بواسطة

خصمه الا اذا توافرت الشروط التالية : ١- أن يتخلف المدعى عليه - أو من
في حكمه - عن الحضور في الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى .

واذا تخلف المدعى عليه عن الحضور في الجلسة الأولى المحددة لنظر
الدعوى ، على الرغم من صحة اعلانه ، وأعيد اعلانه عملاً بالمادة ١٠٤
من المشروع التي تستوجب إعادة اعلان المدعى عليه عند تخلفه عن الحضور
في الجلسة الأولى ، وتمت إعادة اعلانه باجراء باطل فن الواجب أن تحكم
المحكمة بتأجيل نظر القضية الى جلسة ثالثة يعلن بها بواسطة خصمه .

واذن يلزم أعمال المادة ١٠٧ من المشروع عند تخلف المدعى عليه
عن الحضور في الجلسة الثانية لنظر الدعوى بعد تأجيلها بسبب تخلفه عن الحضور
في الجلسة الأولى بشرط أن تبين المحكمة بطلان الاعلان الثاني ولو كان
الاعلان الأول صحيحاً ، لأن المشروع يستلزم حتى يعتبر الحكم بمثابة حكم
حضورى في حق المدعى عليه أن يعلن مرتين للحضور بشرط أن يكون
الاعلان صحيحاً في المرتين على ما قدمناه .

٢- أن تبين المحكمة بطلان اعلان المدعى عليه :

والأصل أن نص المادة ١٠٧ من المشروع قد ورد لرعاية مصلحة
الخصم الغائب الذى تخلف عن الحضور بسبب بطلان عملية الاعلان وجهله
قيام الدعوى والجلسة المحددة لنظرها . ومع ذلك فليس هناك ما يمنع
من اعمال النص المتقدم - على سبيل القياس - في كل حالة يتخلف فيها
المدعى عليه عن الحضور في الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى متى ثبت
للمحكمة بطلان التكليف بالحضور لأى سبب من الأسباب ، على الرغم
من أن المدعى عليه قد لا يكون جاهلاً قيام الدعوى أو الجلسة المحددة
لنظرها كما اذا كان البطلان بسبب عيب في بيان المحكمة التي تنظر الدعوى
أو الجلسة المحددة لنظرها أو كان الاعلان يجهل بالمدعى أو بلمدعى به ... الخ
وهذه هي القاعدة المتبعة في ظل القانون القائم على الرغم من عدم وجود نص

يجوز للمحكمة تأجيل نظر الدعوى الى جلسة أخرى يعلن بها الخصم الغائب اذا ما تبينت المحكمة بطلان اعلانه .

٣ - ألا يكون المدعى عليه قد أسقط حقه في التمسك بالبطلان :

يشترط حتى تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بتأجيل نظر الدعوى الى جلسة أخرى يعلن بها الخصم الغائب الذى أعلن باجراء باطل - يشترط ألا يكون قد أسقط حقه في التمسك بالبطلان . واذن اذا قدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه - وأودعها قلم الكتاب عملاً بنص المادة ١١٠ من المشروع - دون أن يضمنها تمسكه بالبطلان (مع مراعاة الاستثناءات المقررة في المادة ١٤٠ من المشروع) ، ثم تخلف عن الحضور فان المحكمة لا تملك من تلقاء نفسها تأجيل الدعوى عملاً بالمادة ١٠٧ من المشروع ، لأن الاعلان قد زال عنه البطلان الذى كان قد اعتوره .

هذا ويلاحظ أن اعمال المادة ١٠٧ من المشروع لا يمنع المدعى عليه من التمسك ببطلان الاعلان الأول اذا كانت له مصلحة في التمسك بهذا البطلان ، لأن حضوره بناء على الاعلان التالى الصحيح لا يمنعه من التمسك ببطلان الاعلان الأول ؛ فالحضور الذى يسقط الحق في التمسك بالبطلان عملاً بالمادة ١٤٠ من المشروع هو الحضور بناء على ذات الاعلان الباطل .

ومتى تمسك المدعى عليه ببطلان الاعلان الأول وحكت به المحكمة فلا يعتد الا بتاريخ الاعلان الصحيح ، وفق ما صرحت به المذكرة التفسيرية للمشروع .

وواضح كل الوضوح من مفهوم مخالفة المادة ١٠٧ من المشروع أنه لا يجوز للمحكمة الحكم من تلقاء نفسها ببطلان الاعلان عند تخلف المدعى عليه عن الحضور ، بل هو يوجب عليها في جميع الأحوال تأجيل نظر القضية الى جلسة تالية يعلن بها المدعى عليه بواسطة خصمه .

٢٧- الغاء نظام قاضى التحضير - القواعد المستحدثة لتحضير الدعوى :

تقول المذكرة التفسيرية للمشروع : « اتجه المشروع الى الغاء نظام قاضى التحضير بعد أن ظهر من تطبيقه أنه يعطل سير القضايا ، ومما ساعد على الغاء هذا النظام أن المشروع قد أوجب على المدعى تقديم جميع مستنداته عند تقديم الصحيفة حتى يتمكن خصمه من الرد عليها فى مذكرة أوجب على المدعى عليه ايداعها قلم الكتاب ، يرفقها بمستنداته ، قبل الجلسة المعنية لنظر الدعوى بخمسة أيام على الأقل » .

وقد ثبت من العمل بنظام قاضى التحضير أنه لا ييسر الاجراءات ولا يختصرها بل على العكس يعطل سيرها ؛ وما تم من اجراءات أمامه يعاد فى الكثير الغالب من الأحوال أمام المحكمة الكاملة . فالغاء نظام قاضى التحضير يوفر الوقت والاجراءات فضلاً عن أنه يخفف من مواطن البطلان فى التشريع ، فكثيراً ما يحكم بىطلان الاجراءات سبب عدم عرضها على قاض التحضير ، أو بسبب عدم كتابة تقريره أو عدم تلاوته ... الخ .

والنظام المقترح فى المشروع بصدد تحضير القضية أن يودع المدعى ما لديه من مستندات عند تقديم عريضة دعواه لقلم الكتاب وأن يودع المدعى عليه مذكرة بدفاعه مبسحوبة بمستنداته قبل الجلسة المعنية لنظر الدعوى بخمسة أيام على الأقل .

فالمادة ١٠٩ من المشروع تنص على أنه « يجب على المدعى أن يرفق بعريضة دعواه جميع المستندات التى تؤيدها ولا يقبل منه بعدئذ أن يقدم مستنداً كان فى أمكانه تقديمه وقت ايداع العريضة قلم الكتاب » ..

وإنما يجوز له أن يقدم مستنداً رداً على دفاع خصمه أو طلباته العارضة . والمادة ١١٠ من المشروع تنص على أنه « يجب على المدعى عليه فى سائر الدعاوى عند الاستعجالة أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه يرفقها بمستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بخمسة أيام على الأقل » .

ويعد تقديم هذه المذكرة بمثابة حضور يغنى عن إعادة اعلانه عند تنفيذه
في الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى .

ولقد رأى المشروع أن المدعى وقد أقام دعواه واستجمع أدلتها وأعد
مستنداتها - في الكثير الغالب من الأحوال - لا يكون لديه أى عذر
إذا امتنع عن ايداع مستنداته عند تقديم عريضة دعواه قلم الكتاب .
ولهذا أخذه بالشدّة ومنع المحكمة من قبول أى مستند له بعدئذ اللهم الا اذا
ثبت للمحكمة أنه لم يكن في امكانه تقديمه وقت ايداع العريضة قلم الكتاب .

أما اذا ثبت للمحكمة أن للمدعى عذره في عدم تقديم مستنداته -
كما اذا كانت لدى شركة في الخارج مثلاً - فهنا تقبلها المحكمة منه في أية
حالة تكون عليها الاجراءات . كذلك يجوز للمدعى تقديم مستندات -
في أية حالة تكون عليها الاجراءات - اذا كانت مقدمة للرد على دفاع
خصمه أو طلباته العارضة أو دفعه أياً كان نوع هذه الدفع .

واذا كان المدعى يملك تقديم مستنداته في الأحوال المتقدمة فهو يملك
أيضاً طلب تأجيل نظر الدعوى لتقدمها مع ملاحظة جواز تعرضه للجزاء
المقرر في المادة ١١٢ من المشروع (البقابلة للمادة ١٠٩ من القانون القائم) .

واذا لم يكن للمدعى أى عذر يعفيه من تقديم مستنداته عند ايداع
عريضة دعواه فان المحكمة تملك عدم قبولها ، ولا يلوم الا نفسه .

وبالنسبة الى المدعى عليه ، فان المشروع لم يضع أى جزاء يترتب
على عدم ايداع مذكرته أو مستنداته في الميعاد المقرر في المادة ١١٠
من المشروع (١) اللهم الا الجزاء العام المقرر في المادة ١١٢ من المشروع
(المقابلة للمادة ١٠٩ من القانون القائم) . وعلة ذلك أن المدعى عليه
في موقف المدافع ويجب أن تكون له رعاية خاصة في هذا الصدد .

(١) يلاحظ أن عبارة الوجوب المقررة في صدر المادة لا ترتب أى بطلان جزاء مخالفتها .
راجع ما قلناه في تفسير المادة ٢٩ من المشروع - الفقرة رقم ١١ من المقال .

ويلاحظ أن المدعى عليه يعفى من تقديم المذكرة والمستندات في الميعاد المقرر في المادة ١٠٩ من المشروع في الدعاوى المستعجلة لأن ميعاد الحضور فيها هو أربع وعشرون ساعة فقط ، وفي الدعاوى التي يتم فيها نقص ميعاد الحضور بأمر قاض الأمور الوقتية عملاً بالمادة ٧٧ من المشروع لأن النقص يصير إلى ثلاثة أيام أو إلى يوم واحد بحسب الأحوال المقررة في هذه المادة .

ويجب اتباع المادة ١٠٩ والمادة ١١٠ من المشروع في حالة اختصاص الغير أثناء نظر خصومة قائمة .

وعند رفع الطلبات العارضة - أو التدخل - بالاجراءات المعتادة لرفع الدعاوى يتعين أيضاً احترام المادتين المتقدمتين ، لأن الاحالة إلى القواعد العامة في رفع هذه الطلبات أو في رفع التدخل يقتضى حتماً اتباع ما نصت عليه تلك المواد ، هذا على الرغم من أن المدعى يعفى من اتباع ما نصت عليه المادة ١٠٩ إذا أبدى الطلب العارض شفاهة في الجلسة ، وذلك لأن القاعدة أن المشرع إذا رسم عدة طرق لاتخاذ اجراء ما ، فإن اختيار أحد هذه الطرق يستتبع حتماً احترام كل ما قرره المشرع بصددده ولولم يكن مقررّاً بالنسبة إلى غيره من هذه الطرق .

٢٨- إذا أمرت المحكمة بوقف الخصومة لمعاقبة المدعى المهمّل فإن عليه هو تعجيل دعواه :

تنص المادة ١١٢ والمادة ١١٣ من المشروع (م ١٠٩ وم ١١٤ من القانون القائم) على أن للمحكمة الحكم على المدعى الذي يتخلف عن تنفيذ ما أمرته به بوقف الدعوى مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر (في المحاكم الجزئية) أو ستة أشهر (في المحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف) ، فإذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمرته به جاز الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن .

والمادة ١٠٩ من القانون القائم تنص على أنه إذا مضت مدة الوقت المقدمة عجل قلم الكتاب الدعوى بكتاب موصى عليه لجلسة يحددها القاض

وقد النى المشروع القاعدة الأخيرة ، وتقول مذكرته التفسيرية فى هذا الصدد : « وما هو جدير بالذكر أن المشروع فى المادة ١١٢ منه قد النى القاعدة التى توجب على قلم الكتاب تعجيل القضايا الموقوفة معاقبة للمدعى المهمل - المشار إليها فى المادة ١٠٩ من قانون المرافعات المصرى - وذلك نظراً لأن أقلام الكتاب مرهقة بالعمل ومن شأن ذلك أن يزيد من أعبائها فضلاً عن أن المدعى هو الذى يجب أن يتحمل هذا العبء لأنه المكلف بالسبر فى دعواه فان تراخى فى تعجيلها بعد انقضاء مدة الوقف سرى ميعاد سقوط الخصومة من هذا التاريخ » .

ويلاحظ أنه فى ظل القانون القائم اذا لم يتم قلم الكتاب بتعجيل الدعوى بعد انقضاء فترة الوقف ، وتراخى المدعى فى تعجيلها أيضاً ، جاز اسقاط الخصومة متى انقضت سنة من تاريخ انقضاء مدة الوقف عملاً بالمادة ٣٠١ من قانون المرافعات القائم .

٢٩- الغاء سائر الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التى يوجب القانون ألفصل فيها على وجه السرعة :

قلنا (١) ان وصف الدعوى بوجوب نظرها على وجه السرعة يثير منازعات ومشاكل لا يتناسب تحملها مع الفائدة التى يحققها . وقد يؤدى الخطأ فى الوصف فى كثير من الأحوال الى اهدار الحق الموضوعى أو حق الاستئناف . ومثال ذلك أن يرفع المدعى دعواه معتبراً إياها من الدعاوى التى يوجب القانون نظرها على وجه السرعة فيعفى نفسه من ذكر بيانات صحيفة التى أوجها المشرع فى المادة ٢/٧١ مما قد يترتب عليه بطلانها عملاً بالمادة ٢/٧٩ ، أو أن يستأنف الخصم الحكم باعتباره صادراً فى دعوى من الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد ، وتقضى المحكمة بغير هذا الوصف فيبطل استئنافه لرفعه بعريضة بدلاً من رفعه بتكليف بالحضور ، أو أن يعتد

(١) فى كتاب نظرية الأحكام فى قانون المرافعات رقم ١٦١ م

الحصم بميعاد الاستئناف المقرر للأحكام التي تصدر في الدعاوى التي تنظر على الوجه المعتاد فيحكم بعدم قبول استئنافه على اعتبار أن الحكم قد صدر في مادة يتعين نظرها على وجه السرعة وأن المستأنف لم يحترم الأيام العشرة المقررة في المادة ٤٠٢ . وقلنا انه اذ أثبت التطبيق العملي أن الوصف المتقدم يضر وأن نفعه لا يتناسب مع هذا الضرر ولا يشفع في تحمله يكون الأفضل الغاء خاصة وأن رائد المشرع في عصرنا الجديد هو التيسير والتبسيط حتى لا يتحمل المواطن جهداً وعناء هو في غنى عن تحمله ، ونتجه التشريعات الجديدة المقارنة الى هذا النحو (١) .

وجاء مشروع قانون المرافعات الموحد ينص في المادة ١١٤ منه على أنه « تسرى على الدعاوى التي يوجب قانون المرافعات أو غيره من القوانين الفصل فيها على وجه السرعة القواعد العامة في رفع الدعاوى ونظرها وأجراءات الطعن في الحكم الصادر فيها ومواعيده » . وتقول المذكرة التفسيرية بصدد « النفي المشروع سائر الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين الدعاوى التي تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، وبذا يكون كل المقصود من هذا الاصطلاح الأخير هو مجرد حث المحكمة على سرعة انجاز الفصل فيها » .

ولقد شاء المشروع أن يضع نص المادة ١١٤ منه يمثل الوضوح المتقدم حتى ينفي تماماً أية تفرقة قانونية بين الدعاوى التي تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التي تنظر على وجه السرعة ، سواء أورد الاصطلاح المتقدم في قانون المرافعات أم في غيره من القوانين ، وسواء أكان الأمر متصلاً بأجراءات رفع الخصومة أم بنظرها أم بأجراءات رفع الطعن في الحكم الصادر فيها أم بميعاد هذا الطعن .

٣٠- إنشاء النيابة في المواد المدنية والتجارية :

أوصت اللجنة التي قامت بوضع المشروع بإنشاء النيابة في المواد المدنية والتجارية لتبدي الرأي في كل قضية تعرض على محكمة الاستئناف أو المحكمة

(١) أنظر المراجع المدنية والقوانين الأجنبية المشار إليها في كتاب نظرية الأحكام رقم

الكلية ، فقد ثبت في العمل أن القضايا التي تبدى فيها النيابة العمومية رأيها قلماً يحدد فيها الحكم عن الصحة والحقيقة ، وبذا يتحقق حسن سير العدالة ويطمئن المتقاضون الى قضاء المحكمة مع خلق نواة صالحة لقضاء خبروا العمل وتعرضوا به ، فضلاً عن التيسير على القضاة ومستشاري محاكم الاستئناف خاصة بالنسبة للدعوى التي تطرح عليهم ابتداء .

ولما تقدم جاءت الفقرة الثانية من المادة ١٢٦ تنص على أن على النيابة أن تتدخل في كل قضية مرفوعة الى محكمة الاستئناف أو المحكمة الكلية والا كان الحكم باطلا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

وجاء في مشروع قانون الاصدار أن القاعدة التي توجب تدخل النيابة في كل دعوى مرفوعة الى المحكمة الابتدائية - هذه القاعدة لا تسرى الا في أول أكتوبر سنة ١٩٦٤ ، وذلك حتى تتمكن وزارة العدل من مواجهة ما يتطلبه اعمال هذه القاعدة من توافر عدد من أعضاء النيابة للقيام بالوظيفة المتقدمة ، والى حين أول أكتوبر سنة ١٩٦٤ يجوز تدخل النيابة أمام المحاكم الابتدائية في قضايا الأحوال الشخصية والوقف والجنسية .

ونص المشروع على أنه في الأحوال التي يجوز فيها الطعن بالنقض أو الالتماس في الأحكام والقرارات الصادرة في القضايا المطروحة على المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف - حيث تتدخل النيابة بحكم القانون - يجوز لها الطعن بهذا الطريق أو ذاك بشرط توافر شروط الطعن بطبيعة الحال (م ١٢٦/٣) .

ونصت المادة ١٢٧ من المشروع على أنه يجوز للنابة أن تتدخل أمام المحاكم الجزئية في القضايا الخاصة بالأحوال الشخصية أو الوقف أو الجنسية .

٣١- عندما تعمل النيابة بطريق الادعاء :

تنص المادة ١/١٢٦ من المشروع على أنه للنابة العامة حق الادعاء مباشرة في الحالات التي ينص عليها القانون ، وإذا رفعت الدعوى في هذه

الحالات من صاحب الشأن وجب عليها أن تتدخل والا كان الحكم باطلا وتعتبر النياية العامة في هذه الحالات خصما أصليا ، ويتعين حضورها في الجلسات .

وقالت المذكرة التفسيرية بصدد « أبرز المشروع في الفقرة الأولى من المادة ١٢٦ منه أن للنياية العامة حق الادعاء مباشرة باعتبارها طرفاً أصلياً في الحالات التي ينص عليها القانون وأنه اذا رفعت الدعوى في هذه الحالات من صاحب الشأن وجب عليها أن تتدخل والا كان الحكم باطلا كما يتعين حضورها في الجلسات .

٣٢- في أحوال تدخل النياية لا يلزم حضورها ويكتفى بتقديم مذكرة منها :

تنص المادة ١٢٨ من المشروع على أنه تعتبر النياية ممثلة في الدعوى متى قدمت مذكرة فيها ، ولا يتعين حضورها الا اذا نص القانون على ذلك .

وقالت المذكرة التفسيرية أن المشروع قد قصد بالنص المتقدم توفير وقت النياية العامة مع عدم المساس بالضمانات المقررة في هذا الصدد ، وهذا هو مسلك التشريع السوري .

وجدير بالذكر أن النص المتقدم لا يعمل به الا اذا كانت النياية تبأثر سلطتها بإبداء الرأي أما اذا كانت تعمل بطريق الادعاء فن الواجب حضورها على النحو المؤكد بنص المادة ١٢٦/١ من المشروع .

٣٣- عدم حصر الدفوع الشككية - وهي الدفوع المتصلة بشكل الاجراءات :

قلنا (١) ان المشرع في قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ لم يحالفه التوفيق في حصره للدفوع الشككية ، وكانت دقة التعبير تقتضى أن يدخل المشرع في عداء هذه الدفوع - أى الدفوع المتعلقة بالاجراءات أو الدفوع

(١) في كتاب نظرية الدفوع في قانون المرافعات - الطبعة الثانية - ص ٦ ، ٧

الأولية exceptions préliminaires أو exceptions de procédure كل دفع للخصومة أو لاجراء فيها يقصد به التخلص منها بغير حكم في موضوعها أو وقف السير فيها مدة ما أو يقصد به التمسك ببطلان الاجراء واعتباره كأن لم يكن ؛ فالمدعى عليه الذى يتمسك ببطلان الخصومة لفقد أهلية المدعى أو باعتبارها كأن لم تكن يبدى في واقع الأمر وقتاً يرمى به الى التخلص من الخصومة لبطلان اجراءاتها ، والمدعى عليه الذى يتمسك بسقوط الخصومة يبدى هو الآخر دفعاً ببطلانها ، والخصم الذى يتمسك ببطلان اجراء يبدى في الواقع دفعاً بتعلق بالشكل والذى يتمسك بوقف الخصومة يقصد تفادى الحكم عليه مؤقتاً بما يدعيه خصمه ويبدى دفعاً بتعلق بشكل الاجراءات ، والمستأنف عليه الذى يتمسك ببطلان عريضة الاستئناف التى قدمت الى قلم الكتاب عملاً بنص المادة ٤٠٥ يبدى في الواقع دفعاً ببطلانها يقصد به التخلص من الخصومة في الاستئناف . وقلنا ان الغريب أن المشرع قد ضيق من نطاق الدفوع الشككية وقصرها على الدفع بعدم الاختصاص والدفع بالاحالة والدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور على اعتبار أنها توجه الى الخصومة برمتها ، وكان الأولى به - اذا شاء أن يتمشى مع منطق - أن يوسع من نطاقها ليدخل في عدادها ما استحدثته من حالات تعتبر فيها الخصومة كأن لم تكن ان لم يستوف اجراء معين في ميعاده .

ولقد انتقد البعض (١) هذا الذى قلناه ، ووصفه بأنه غير صحيح وبأن المشرع لم يرد في الفصل الخاص بالدفوع أن يجمعها كلها من مواضعها سواء وجب ابدؤها قبل التعرض لموضوع الدعوى أو بعد ذلك . وانما حصرها في الدفوع الجائز ابدؤها قبل التعرض للموضوع .

والغريب أن هذا القول يصلح للرد عليه ما جاء في النقد المتقدم عليه ، فحني مع التسليم ، جدلاً ، بأن المشرع قد قصد في الباب السادس من الكتاب الأول من قانون المرافعات القائم مجرد حصر الدفوع التى تتعلق بصحة

(١) مؤلف الأستاذ محمد الشاوى والدكتور عبد الوهاب الشاوى ٢ ص ٢١٧ الحاشية

انعقاد الخصومة وقت رفعها وتقتضى طبيعتها بأن يكون ابدؤها قبل التعرض لموضوع الدعوى - نقول حتى مع التسليم الجدل بأن مقصود المشرع كان يرمى الى هذا - فان التوفيق لم يحالفه لأنه قد أغفل دفعاً - تقدمت الإشارة إليها - كان يتعين ادخالها في تعداد هذه الدفوع ، مثال ذلك الدفع باعتبار الخصومة كأن لم تكن لعدم قيدها في خلال سنة من تاريخ الجلسة الأولى المحددة لنظرها .

ثم ان القول بأن « طلب بطلان أوراق المرافعات أو اجراءاتها فيما عدا ورقة التكليف بالحضور ، ليس دفعاً شكلياً مما يجب ابدؤها قبل التعرض للموضوع اذ لا يعدو أن يكون طلباً يتقدم به الخصم في الدعوى أو يقيم به دعوى مبتدأة أمام القضاء (١) » هذا القول محل نظر ، لأن التمسك ببطلان أى اجراء من اجراءات المرافعات هو تمسك بدفع يتصل بشكل الاجراءات ، ويتعين أن يبدى قبل التكلم في الموضوع عملاً بنص المادة ٢٦ من قانون المرافعات التي تنص على أن البطلان يزول اذا نزل عنه من شرع لمصلحته أو اذا رد على الاجراء بما يدل على أنه اعتبره صحيحاً أو قام بعمل أو اجراء آخر باعتباره كذلك .

أما أن التمسك بالبطلان قد يبدى في صورة دعوى مبتدأة ، فهذا أيضاً محل نظر ، ولا يمكن التسليم به ما لم ينص القانون عليه صراحة (كما هو الحال بالنسبة لاسقاط الخصومة) ، ذلك لأنه من القواعد الأولية الأساسية في قانون المرافعات أن التمسك ببطلان اجراءات الخصومة يجب أن يتم أثناء نظر الخصومة وقبل التكلم في الموضوع والرد على الاجراء بما يفيد اعتباره صحيحاً . واذا لم يسقط الخصم حقه في التمسك بهذا البطلان جاز له التمسك به على صورة طعن في الحكم الصادر في الخصومة اذا بني على ذلك الاجراء الباطل . أما أوراق المرافعات - أى اجراءاتها - التي لا تتصل بخصومة - فهذه - هي التي - من الجائز التمسك ببطلانها على صورة دعوى مبتدأة .

لكل ما تقدم ، ولما كانت القاعدة الأساسية في فقه المرافعات أنه يدخل في عداد الدفع المتعلقة بشكل الاجراءات كل دفع يطمح به على اجراءات الخصومة اما لرفعها الى محكمة غير مختصة أو لرفعها باجراء باطل ، كما يدخل في عدادها كل دفع يوجه الى أى اجراء من اجراءات الخصومة أو كل دفع يقصد به وقف اجراءاتها لمدة ما ، وذلك كله من غير المساس بأصل الحق المدعى به - لكل ما تقدم يكون الصحيح هو عدم حصر الدفع الشكلية في التشريع على أى نحو كان .

وبناء عليه اتجه المشروع الى عدم حصر الدفع الشكلية . وتقول مذكرته التفسيرية في هذا الصدد « لم يفت المشروع أن يعالج الدفع فاتجه الى عدم النص على حصر الدفع الشكلية على اعتبار أن كل دفع يتصل بشكل الاجراءات هو في واقع الأمر دفع شكلي . ومن ثم يعد من الدفع الشكلية الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة أو بنوع القضية أو بقيمتها والدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بالاحالة بنوعية والدفع بالبطالان سواء أكان متعلقاً بعريضة الدعوى أو بورقة التكليف بالحضور أو بأى اجراء آخر والدفع بسقوط الخصومة أو بانقضائها بالتقادم أو باعتبارها كأن لم يكن » .

كما يدخل في عداد الدفع الشكلية كل دفع يقصد به تأجيل نظر القضية حتى ينقضى ميعادها .

ولقد أطلقت المادة ١٣٥ من المشروع على الدفع الشكلية تعبير « الدفع المتصلة بشكل الاجراءات » .

٣٤ - يجب ابداء سائر الدفع المتصلة بشكل الاجراءات معاً وقبل التكلم في الموضوع :

تنص المادة ١٣٥ من المشروع على أنه يجب قبل الادلاء بأى طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول ابداء الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بعدم الاختصاص بسبب قيمة الدعوى والدفع بعدم اختصاص محكمة الدرجة الثانية لرفع الدعوى إليها ابتداء والدفع باحالة الدعوى الى محكمة

أخرى لقيام ذات النزاع أمامها ولقيام دعوى أخرى مرتبطة بها والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتصلة بشكل الاجراءات معاً والا سقط الحق فيما لم يبد منها .

ويسقط حق الطاعن في ابداء هذه الدفوع اذا لم ييدها في عريضة الطعن .

وقالت المذكرة التفسيرية بصدد هذه المادة أن المشروع قد أوجب ابداء جميع الدفوع الشكلية معاً وقبل التكلم في الموضوع والا سقط الحق فيما لم يبد منها . وألغى القاعدة التي ترتب هذه الدفوع فيما بينها لما تؤدي اليه من تراخي الخصم في ابدائها وتأخير الفصل في الدعوى .

وقالت المذكرة التفسيرية أيضاً أنه اذا نشأ سبب الدفع بعد قيام الدعوى فن الواجب التمسك به قبل التكلم في الموضوع في أول جلسة تحل أو أول مذكرة يقدمها المتمسك بالدفع بعد قيام السبب الموجب له .

وتذهب التشريعات الحديثة الى الزام الخصم التمسك بسائر الدفوع المتصلة بشكل الاجراءات معاً وقبل التكلم في الموضوع منعاً من تأخير الفصل في الدعوى (١) .

وبناء على ما تقدم يتعين ابداء سائر الدفوع المتصلة بشكل الاجراءات والتي لا تتعلق بالنظام العام — معاً وقبل التكلم في الموضوع والا سقط الحق فيما لم يبد منها . فاذا تمسك الخصم بها في مذكرته وجب أن يضمها سائر هذه الدفوع ، ويستوى أن يذكر دفعاً قبل آخر ، وانما يتعين أن ييدها جميعاً معاً في المذكرة . واذا حضر الخصم وجب عليه أن يبدى سائر هذه الدفوع معاً أثناء كلامه . ويستوى — بطبيعة الحال — أن يقدم دفعاً على آخر أثناء كلامه ، وانما يتعين أن ييدها جميعاً معاً أثناء الكلام . ففي انتهى منه ، لا تملك بعدئذ ابداء دفع لم يكن قد أحل به أثناء مرافعته الأولى (٢) .

(١) راجع المادة ١٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي مدلة بقانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥

(٢) أنظر الطبعة الثانية من كتاب نظرية الدفوع في قانون المرافعات رقم ١٣٨

واذا تعددت أوجه البطلان في ورقة واحدة تمسك الخصم ببطلانها في الميعاد معتداً بوجه واحد فقط ، فانه يملك ، مع ذلك ، ابداء ما يعن له من وجوه البطلان بعدئذ ، لأن كل ما يتطلبه المشروع في المادة ١٣٥ أن يبدى الخصم سائر الدفوع الشككية معاً . أما أسباب التمسك بها ووجوها فلم يتطلب المشروع ابداءها معاً وقبل التكلم في الموضوع .

وهذا على خلاف المادة ١٤١ من القانون القائم التي توجب ابداء جميع وجوه البطلان في الورقة معاً والا سقط الحق فيما لم يبد منها (١) .

واذا عن نخص التمسك ببطلان أكثر من ورقة أو اجراء فن الواجب التمسك ببطلانها معاً والا سقط الحق فيما لم يبد منها عملاً بالمادة ١٣٥ من المشروع .

أما اذا نشأ سبب البطلان بعد قيام الدعوى وبعد التكلم في موضوعها فن الجائز بطبيعة الحال التمسك بالبطلان بعدئذ في أول جلسة تحل - بشرط أن يكون ذلك قبل التكلم في الموضوع ، أو في أول مذكرة يقدمها التمسك بالبطلان بعد قيام السبب الموجب له .

٣٥ - الدفع بعدم الاختصاص بسبب قيمة الدعوى لا يتصل بالنظام العام :

لم توجب المادة ٢/١٣٥ من المشروع على المحكمة الحكم من تلقاء بعدم اختصاصها بسبب قيمة الدعوى في حين أوجبت عليها الحكم به بسبب عدم اختصاصها اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة أو بسبب نوع الدعوى .

وقالت المذكرة التفسيرية (في صدرها) « ولئن كان التشريع القائم يعتبر الاختصاص النوعي سواء من حيث القيمة أو النوع من النظام العام الا أن المشروع رأى العلول عن ذلك بالنسبة للاختصاص بحسب قيمة

(١) أنظر في التبريف بسبب البطلان ووجهه - المرفعات الطبعة الخامسة - الحاشية رقم ١ ص ٢٩٧ وقرن رسالة الدكتور فني والي في نظرية البطلان في قانون المرافعات رقم ٢٠٤

الدعوى اذ أن تعلق هذا الاختصاص بالنظام العام ينزع عن القاضي الدعوى حتى ولو كانت قد تبأت للحكم في موضوعها .

وقالت المذكرة أيضاً بصدد النص المتقدم : « كما أن المشروع لم يجعل قواعد الاختصاص بحسب قيمة الدعوى من النظام العام للأسباب السابق بيانها في صدر هذه المذكرة ومن ثم يتعين على الخصم التمسك قبل التكلم في الموضوع بمخالفة خصمه لقواعد تقدير الدعوى حتى يصل الى التمسك بعدم الاختصاص القيمي . أما الاختصاص النوعي بحسب نوع القضية فقد بقي من النظام العام لأنه يحس النظام القضائي (الفقرة الثانية من المادة ١٣٥ من المشروع) ولذلك يتعين على القاضي المستعجل مثلاً أن يقضى من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه بنظر طلبات موضوعية » .

ومما تقدم تنضح أهمية التفرقة بين عدم الاختصاص بسبب قيمة الدعوى وعدمه بسبب نوعها ، فالأول لا يتصل بالنظام العام فيأخذ حكم سائر الدفوع الشكالية التي لا تتصل بالنظام العام والتي يتعين أن تبدى جميعها معاً قبل التكلم في الموضوع ، في حين أن الثاني يجوز أن يبدى في أية حالة تكون عليها الاجراءات ويتعين على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها .

والاختصاص المتعلق بقيمة الدعوى يتحدد بداهة بالاعتداد بقيمة الدعوى وحدها في حين أن الاختصاص المتعلق بنوعها يتحدد بالاعتداد بهذا النوع (١) أو به وبقيمة الدعوى معاً .

ومتي اعتبرت قواعد الاختصاص القيمي غير متصلة بالنظام العام فإن القاضي لا يملك من تلقاء نفسه الاعتداد بقواعد تقدير قيمة الدعوى

(١) يلاحظ أن من بين قواعد الاختصاص النوعي مالا يتعلق في الواقع بتحديد اختصاص محاكم الدرجة الأولى (بحسب قيمة الدعوى أو نوعها) وإنما يتعلق بوظائف محاكم الدرجة الثانية أو محكمة النقض . وهذه القواعد تتصل بالنظام العام مالم ينص القانون على ما يخالف ذلك . ومثال هذه القواعد المتصلة بالنظام العام تلك التي توجب استئناف إجكام المحاكم الجزئية أمام المحاكم الابتدائية (جهة استئنافية) لا محاكم الاستئناف .

التي وردت في التشريع ، والمدعى عليه لا يملك المنازعة في قيمة الدعوى ليصل الى التمسك بعدم اختصاص المحكمة اختصاصاً قيمياً الا اذا كان هذا قبل التكلم في الموضوع ما لم يكن قد تمسك قبل التكلم في الموضوع بعدم اختصاص المحكمة بسبب قيمة الدعوى . واذا قصر المدعى عليه تمسكه قبل التكلم في الموضوع على عدم اختصاص المحكمة اختصاصاً محلياً فانه لا يملك بعدئذ التمسك بعدم اختصاصها القيمي . واذا تمسك المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة دون أن يحدد سبب ذلك فانه يملك بعد التكلم في الموضوع اثارة عدم اختصاصها لأي سبب من الأسباب ، على ما تقدمت دراسته .

٣٦ - الدفع بعدم قبول استئناف الحكم بسبب صلوره في حدود النصاب الانتهازي للمحكمة من النظام العام :

من القواعد الأساسية في التشريع القائم (١) وفي المشروع أن قصر التقاضي على درجة واحدة في الأحوال التي يمنع القانون فيها استئناف الحكم - لسبب يتصل بنوع القضية أو قيمتها - هو أمر يتصل بالنظام العام . ومن ثم يجب على المحكمة من تلقاء نفسها الحكم بعدم قبول الاستئناف اذا كان القانون يمنع هذا الطعن لسبب يتصل بنوع الدعوى أو قيمتها ، كما يملك الخصوم والنيابة العامة التمسك بعدم قبول هذا الاستئناف في أية حالة تكون عليها الاجراءات .

٣٧ - الدفع بعدم اختصاص محكمة الدرجة الثانية لرفع الدعوى اليها ابتداء لا يتصل بالنظام العام :

من أهم ما استحدثته مشروع قانون المرافعات الموحد أنه أجاز الاتفاق على رفع الدعوى ابتداء أمام محكمة الدرجة الثانية سواء أتم هذا الاتفاق

(١) محمد حامد قهس - المرافعات ٦٨٨ و جيلسونيه ٦ رقم ٥ وأبو هيف رقم ١٢٢٧ وما يليه . ومرجع القضاء رقم ٨٦٧٤ - ٨٦٨٠ وأنظر ما قلناه في الفترة رقم ١٤ من هذا المقال في العدد السابق من هذه المجلة .

أثناء التعاقد أم أثناء نظر الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى (١) (ولو كان ذلك بعد قفل باب المرافعة في الدعوى) . وإنما إذا رفع الخصم دعواه ابتداء أمام محكمة الدرجة الثانية - دون الاستناد الى اتفاق سابق - جاز للمدعى عليه التمسك بعدم اختصاصها . وتوجب المادة ١٣٥/١ من المشروع ابتداء هذا الدفع قبل التكلم في الموضوع والا سقط الحق في الادلاء به . ولا تملك المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها ، كما لا تملك النيابة العامة التمسك به اذا كانت مجرد طرف منضم في الدعوى - أى اذا كانت تعمل بطريق ابتداء الرأى فقط .

٣٨ - الدفع بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى بنظر الدعوى لسبق الاتفاق على رفعها مباشرة الى محكمة الدرجة الثانية :

يدق الأمر اذا اتفق الخصوم على رفع الدعوى ابتداء الى محكمة الدرجة الثانية ومع ذلك رفعها أحدهم الى محكمة الدرجة الأولى ، هل يجوز - في هذه الحالة - للمدعى عليه التمسك بعدم الاختصاص في أية حالة تكون عليها الاجراءات على تقدير أن الاتفاق يعتبر قائماً طوال فترة قيام الدعوى أم أن عدم الاختصاص يتعين التمسك به قبل التكلم في الموضوع على اعتبار أن التكلم في الموضوع يعتبر من جانب المدعى عليه - رضاء ضمناً باختصاص المحكمة وبالنزول عن الاتفاق المتقدم . نحن نرى صحة الرأى الأخير لأن المدعى برفعه الدعوى الى محكمة الدرجة الأولى دون محكمة الدرجة الثانية يكون قد نزل عن الاتفاق المتقدم ، ولأن التكلم في الموضوع من جانب خصمه هو نزول أيضاً عن هذا الاتفاق ، ولأن الأمر المتقدم لا يتصل بالنظام العام مما يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الاجراءات .

(١) تنص المادة ٦٥ من المشروع على جواز الاتفاق على رفع الدعوى الى محكمة الابتدائية بجهة استثنائية بشرط ألا تقل قيمتها على ثلاثمائة جنيه ولا تتجاوز خمسمائة . كما تجيز الاتفاق على رفع الدعوى ابتداء الى محكمة الاستئناف بشرط ألا تقل قيمتها على ألف جنيه ويكون الحكم الصادر في الحاليتين السابقين نهائياً .
ويعد هذا النص استثناء من القواعد المتعلقة بوظائف محاكم الدرجة الثانية . وسوف ندرسه عند بحث الاستئناف في المشروع .

ويراعى وجوب التمسك بالدفع المتقدم مع سائر الدفع الشككية الأخرى قبل التكلم في الموضوع والا سقط الحق فيها لم يبد منها .

وغنى عن البيان أن الاتفاق على رفع الدعوى مباشرة الى محكمة الدرجة الثانية لا يلزم غير أطرافه ، فإذا عن طرف منهم أن يرفع الدعوى على غيرهم وجبت مراعاة القواعد العامة في رفع الدعاوى بالنسبة الى هؤلاء الآخرين . ويدق الأمر اذا كان بين الدعويين رباط لا يقبل بأى حال من الأحوال - التجزئة . نرى في هذه الحالة تغليب القاعدة العامة واهدأر اتفاق الخصوم فترفع الدعوى بشقيها أمام محكمة الدرجة الأولى .

٣٩ - الاحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص ومدى الزام المحكمة بالحالة اليها الدعوى بها :

تنص المادة ١٣٦ من المشروع على أنه :

١ - على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر باحالة الدعوى بحالتها على المحكمة المختصة . ويجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات أو مائة ليرة تمنح كلها أو بعضها للخصم الآخر على سبيل التعويض مع عدم الاخلال بما يحق له أن يطالب به أكثر من هذا عملاً بالقواعد العامة .

٢ - واذا كانت الاحالة من محكمة استئناف أو محكمة ابتدائية الى محكمة جزئية فان المحكمة الجزئية تلزم بهذه الاحالة ، كذلك اذا كانت الاحالة من محكمة استئناف الى محكمة ابتدائية .

٣ - واذا كانت الاحالة من محكمة جزئية الى محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف فان محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية تملك أعادتها الى المحكمة الجزئية اذا رأت عدم اختصاصها بنظرها . كذلك اذا كانت الاحالة من محكمة ابتدائية الى محكمة استئناف . وعندئذ تلزم المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية بهذه الاحالة .

وجاء مايلي ، عن المادة المتقدمة ، في المذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات « أوجب المشروع على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر باحالة الدعوى محلها على المحكمة المختصة فاذا كانت الاحالة من محكمة استئناف أو محكمة ابتدائية الى محكمة جزئية فان المحكمة الجزئية تلزم بهذه الاحالة ، كذلك اذا كانت الاحالة من محكمة استئناف الى محكمة ابتدائية . أما اذا كانت الاحالة من محكمة جزئية الى محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف فان محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية تملك اعادتها الى المحكمة الجزئية اذا رأت عدم اختصاصها بنظرها ، كذلك اذا كانت الاحالة من محكمة ابتدائية الى محكمة استئناف . وعندئذ تلزم المحكمة الجزئية أو الابتدائية بهذه الاحالة . وبهذا عالج المشروع حيرة الدعوى بسبب التنازع على الاختصاص » .

وأصل المادة المتقدمة هو المادة ١٣٥ من القانون القائم . ويلاحظ أن النص المستحدث يفرق عن النص القائم فيما يلي :

١ - انه جعل الاحالة - بعد الحكم بعدم الاختصاص - اجبارية في حين أن النص القائم يجعلها جوازية ، وذلك بقصد اختصار الاجراءات وتبسيطها .

ومن ثم تلزم المحكمة - بعد الحكم بعدم اختصاصها - باحالة الدعوى الى المحكمة التي تراها مختصة بنظرها ، سواء أكان عدم الاختصاص ناتجاً عن رفع الدعوى الى محكمة غير مختصة اختصاصاً محلياً أو نوعياً بسبب قيمة الدعوى أو نوعها أم كان عدم الاختصاص ناتجاً عن رفع الدعوى ابتداء الى محكمة الدرجة الثانية دون الاستناد الى اتفاق سابق أم كان ناتجاً عن رفع الدعوى الى محكمة الدرجة الأولى رغم سبق الاتفاق على رفعها مباشرة الى محكمة الدرجة الثانية .

أما اذا كان عدم الاختصاص ناتجاً عن خروج النزاع عن ولاية الجهة القضائية التابعة لها المحكمة فان المحكمة لامتلك بطبيعة الحال الاحالة عملاً بالقواعد

الأساسية في المرافعات ولأن كل جهة قضائية تستقل عن الأخرى وتختلف في إجراءاتها عن الإجراءات المتبعة أمام الجهة الأخرى (١) .

٢ - انه ينص صراحة على جواز الحكم للمدعى عليه - على سبيل التعويض - بأكثر من العشرة جنهات المقررة في المادة ، وبذا حكم النص المستحدث الخلاف في صدد ما اذا كانت المحكمة تملك الحكم بأكثر من المبلغ المتقدم على سبيل التعويض أم أنها يتعين عليها أن تلتزم حدوده . والواقع أن المشرع لم يشأ أن يحصر التعويض في نطاق ذلك المبلغ وإنما ترك الأمر في صدد القواعد العامة عندما يعن للمحكمة أن تقضى بأكثر منه تطبيقاً للقواعد العامة في المسئولية .

٣ - أنه - أى النص المستحدث - تفادى الوضع الشاذ الناشئ عن احتمال الحكم بعدم اختصاص المحكمة المحال إليها الدعوى ، فيصبح المدعى في حيرة من أمره بسبب صدور الحكم بعدم الاختصاص من المحكمة التي رفع إليها الدعوى أصلاً ومن المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى بعدئذ (٢) .

ومن ثم اذا قضت المحكمة - أيا كان نوعها - بعدم اختصاصها بنظر الدعوى من تلقاء نفسها أو بناء على تمسك المدعى عليه بحسب الأحوال وجبت عليها إحالتها الى المحكمة التي تراها مختصة بنظرها - وذلك من تلقاء نفسها - فاذا كانت المحكمة التي أمرت بالإحالة أعلى درجة من تملك التي أحيلت إليها الدعوى فإن الإحالة تفرض عليها ولا تملك بعدئذ النظر في أمر اختصاصها ما لم ينشأ سبب آخر للتمسك بعدم الاختصاص ويكون من الجائز التمسك به .

وواضح من النص المتقدم أن الإحالة لا تفرض على المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى اذا كانت أعلى درجة من تلك التي أمرت بالإحالة بشرط

(١) كتاب نظرية الدعوى في قانون المرافعات رقم ٢٢

(٢) قارن ما عليه الحال في القانون القائم - المرافعات - الطبعة الخامسة رقم ١٩٤ والاسكام المشار إليها .

أن يكون عدم اختصاص المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى متعلقاً بالنظام العام أو تمسك به الخصم أمامها قبل التكلم في الموضوع ويكون للمحكمة أن تعيد الدعوى إلى المحكمة التي أمرت بالأحالة وعندئذ تلتزم هذه المحكمة بالفصل في الدعوى .

وواضح من المادة ١٣٦ في فقرتيها الأخيرتين أنها لا تطبق إلا في أحوال عدم الاختصاص النوعي أو القيمي أو عندما ترفع الدعوى ابتداء إلى محكمة الدرجة الثانية دون الاستناد إلى اتفاق سابق يخول ذلك أو عندما ترفع الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى رغم سبق الاتفاق على رفعها مباشرة إلى محكمة الدرجة الثانية . أما إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها اختصاصاً محلياً وأحالت الدعوى إلى المحكمة التي تراها مختصة بنظرها فإن الاحالة لا تفرض على هذه المحكمة الأخيرة لأن القضاء لا يسلط على قضاء آخر إلا إذا كان الأول أعلى درجة منه . واذن لا تجدى المادة ١٣٦ (في فقرتيها الأخيرتين) في أحوال عدم الاختصاص المحلي .

وإنما يلاحظ أنه قلماً ينشأ الوضع الشاذ الناتج عن احتمال الحكم بعدم الاختصاص المحلي من جانب المحكمة المحال إليها الدعوى لأن المحكمة التي تقضى بعدم اختصاصها محلياً لا تحيل الدعوى إلا بعد التحقق من العناصر التي تؤكد اختصاص المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها وهي في العادة مجرد عناصر مادية بحتة . ومع ذلك إذا تحقق الفرض المتقدم - وقضت كل من المحكمتين بعدم اختصاصها بنظر الدعوى اختصاصاً محلياً جاز للخصم الطعن في الحكمين الصادرين من المحكمة بطريق الاستئناف أو النقض - بحسب الأحوال - عملاً بالمادتين ٣٨٥ أو ٤١٦ من المشروع (المادتان ٣٩٧ و ٤٢٦ من القانون القائم)

وجدير بالإشارة أنه - كقاعدة عامة - متى قضت المحكمة أيأ كان نوعها بعدم اختصاصها - أيأ كان سبب عدم الاختصاص - وقضت بحالة الدعوى إلى المحكمة التي رأتها مختصة بنظرها - أيأ كان نوعها -

وفوت الخصم على نفسه ميعاد الطعن في الحكم الصادر بعدم الاختصاص وبالإحالة فإنه لا يملك من جديد إثارة هذا الموضوع أمام المحكمة المحالة إليها الدعوى (١) ما لم يكن عدم اختصاص المحكمة المحالة إليها الدعوى من النظام العام (٢) وكانت أعلى درجة من تلك التي أحالت إليها الدعوى — على النحو المتقدمه دراسته .

فاذا رفعت مثلاً دعوى الى محكمة ما وتمسك المدعى عليه بعدم اختصاصها اختصاصاً محلياً وتمسك باختصاص محكمة (س) ثم عارض المدعى وتمسك باختصاص ذات المحكمة المرفوعة إليها الدعوى وبصفة احتياطية باختصاص محكمة (ص) فقضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وبإحالتها الى محكمة (ص) ، كان للمدعى عليه التمسك قبل التكلم في الموضوع بعدم اختصاص محكمة (ص) التي أحيلت إليها الدعوى بشرط الا يكون قد أسقط حقه في الطعن في الحكم الصادر بإحالة الدعوى إليها .

أما اذا رفعت دعوى الى محكمة جزئية وقضت هذه بعدم اختصاصها بنظرها وبإحالتها الى المحكمة الابتدائية ، ورأت المحكمة الابتدائية أنها غير مختصة بنظرها لسبب يتصل بنوعها وهذا أمر يتعلق بالنظام العام فإنها تملك من تلقاء نفسها الحكم بعدم اختصاصها وعليها إحالة الدعوى الى المحكمة الجزئية ، ولو لم يتمسك أحد الخصوم بعدم اختصاصها بل ولو فوت هؤلاء على أنفسهم ميعاد الطعن في الحكم الصادر من المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص وبالإحالة (٣) .

(١) راجع حكم النقض المشار اليه في الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٢٨٦ (نقض ١٠ مارس ١٩٥٥ السنة ٦ ص ٧٨٩ ونقض ٢٢ مارس ٥٦ السنة ٧ ص ٢٨٢) .

(٢) قانون حكم للنقض الأخير .

(٣) اتجه رأي في ظل القانون القائم الى القول بأن الحكم بعدم الاختصاص وبالإحالة يفرض على المحكمة المحالة إليها الدعوى على تقدير أنه انما يشتمل فضلاً عن القضاء بعدم الاختصاص للقضاء باختصاص المحكمة المحالة إليها الدعوى ، والمادة ١٣٥ تنص على أن المحكمة المرفوعة إليها الدعوى انما تحيلها الى " المحكمة المختصة " .. رمزي سيف طبعة سنة ١٩٥٧ =

٤. - احالة الدعوى الى محكمة أخرى بناء على اتفاق طرفيها :

تنص المادة ١٣٧ من المشروع على أنه اذا اتفق الخصوم على التداوى أمام محكمة غير المحكمة المرفوعة اليها الدعوى أمرت هذه المحكمة بإحالة الدعوى الى المحكمة التي اتفقوا عليها بشرط أن تكون مختصة بنظرها اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة وبنوع الدعوى .

= رقم ٣٤٣ ص ٣٣١ الحاشية . وانتقد المرجع المتقدم وأينا بأن حكم الاحالة لا يقيد المحكمة التي أحيلت اليها الدعوى . ويلاحظ أننا قلنا إن الحكم بالاحالة لا تقتيد به المحكمة التي أحيلت اليها الدعوى بل يكون لها أن تحكم هي أيضا بعدم اختصاصها اذا كان عدم اختصاصها مالياً لا يؤثر فيه قبول المصلي عليه (المراقبات الطبعة الرابعة ص ٢٢١ والطبعة الخامسة ص ٢٨٥) .

ومازلنا نؤكد أن المحكمة المحالة اليها الدعوى - في ظل القانون القائم - لا تقتيد بهذه الاحالة اذا رأت نفسها غير مختصة وكان عدم اختصاصها متعلقاً بالنظام العام . بل هي تملك الحكم بعدم اختصاصها ولو لم يكن عدم اختصاصها متعلقاً بالنظام العام متى تمسك به خصم في الدعوى قبل التكلم في الموضوع ولم يكن قد أسقط حقه في الطعن على الحكم الصادر بالاحالة . ولا يتصور أن يفرض حكم الاحالة على المحكمة المحالة اليها الدعوى عملاً بالمادة ١٣٥ من القانون القائم لأن هذه المادة قد أجازت الاحالة لتوفير الوقت والجهد ولم تقصد أن محكمة جزئية تحدد اختصاص المحكمة الابتدائية مثلاً أو أن محكمة ابتدائية تحدد اختصاص محكمة ابتدائية أخرى . وعبارة الاحالة الى " المحكمة المختصة " الواردة في صلب المادة إنما يقصد بها الاحالة الى المحكمة التي تكون مختصة بالفعل وبسبب نصوص القانون .

واذن صفة القول أن محكمة ما اذا أحالت دعوى الى محكمة أخرى فإن هذه المحكمة الأخيرة لا تفرض عليها الاحالة ولا يجوز الحكم بها بحجية الشيء المحكوم به أمامها . وإنما هي تملك بحث أمر عدم اختصاصها من تلقاء نفسها اذا كان متعلقاً بالنظام العام ، كما تملك ذلك بناء على تمسك أى خصم في الدعوى بشرط ألا يكون قد أسقط حقه في التمسك بعدم الاختصاص وألا يكون قد أسقط حقه في الطعن في الحكم الصادر بالاحالة والا اعتبر قابلاً لها (راجع نقض ١٠ مارس ١٩٥٥ السنة ٦ ص ٧٨٩) . ومحكمة النقض في حكمها المتقدم أجازت المحكمة الابتدائية بعد إحالة الدعوى اليها من دائرة المسكن (باعتبار أن النزاع خاضع لأحكام القانون العام ولا يطبق عليه القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧) - أجازت لها النظر في أمر اختصاصها التوحي وإحالة الدعوى من جديد الى محكمة المواد الجزئية .

والمبادئ المتقدمة تؤكدتها القواعد العامة ، كما تؤكدتها ذات نصوص القانون . فللمادة ١٣٧ من القانون القائم (م ١٣٨ من المشروع) تنص على أنه اذا دفع بإحالة الدعوى الى محكمة أخرى لقيام نفس النزاع أمامها كان على المحكمة أن تحيل هذا الدفع بمبدأ قريب الى المحكمة التي رفع اليها النزاع أولاً للحكم في هذا الدفع على وجه السرعة . وقد قصد بهذا النص =

وجاء في المذكرة التفسيرية للمشروع ما يلي بصدها « كما نص المشروع في المادة ١٣٧ منه على أن إحالة الدعوى الى المحكمة الى اتفاق عليها الخصوم مشروطة بأن تكون هذه المحكمة مختصة بنظرها اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة وبنوع الدعوى » .

وأصل هذه المادة هو المادة ١٣٦ من القانون القائم . ولقد أضاف النص المستحدث الشرط المتقدم لتوفير الوقت والجهد ، وحتى لا تحال الدعوى الى المحكمة التي اتفق الخصوم عليها ثم تقضى هذه بعدئذ بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام .

واذن يتعين على المحكمة قبل الاحالة أن تتحقق من اختصاص المحكمة المراد احالة الدعوى اليها اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة واختصاصاً نوعياً ،

تجنب وقوع الخلاف بين المحكمتين حول اختصاص المحكمة الأولى بنظرها لأنه اذا ترك الحكم في النفع بالاحالة للمحكمة الثانية فقد تقضى بالاحالة ، ثم ترى المحكمة الأولى نفسها غير مختصة اختصاصاً نوعياً بنظرها فتحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص . وهذا يقطع في الدلالة على أن المحكمة التي تحال اليها الدعوى لاتلزم بها والا ماكان المشرع في حاجة الى وضع النص المتقدم (راجع محمد حامد فهمي رقم ٤٥٠ وموريل رقم ٤٣٢ وجلاسون ١ رقم ٢٧٤) .

واذن ، اذا سلمنا بأن المحكمة لاتفرض عليها دعوى لمجرد احالتها اليها من محكمة أخرى بل هي تلتزم - من تلقاء نفسها وبحكم القانون - التحقق من اختصاصها المتصل بالنظام العام ، واذا أدركنا أن الاحالة لاتم في جميع الأحوال الى محكمة يرتفعها الخصوم مقدماً - كما هو واضح من الأشئلة الواردة في المتن - يكون الرأي الصحيح في التشريع أن الحكم بالاحالة للدعوى الى محكمة ما لا يثبت الولاية للمحكمة المحالة اليها الدعوى ولا يقيد بها (قارن رمزي سيف المرجع المتقدم) مالم ينص القانون على ما يخالف ذلك (كأحوال الحال بالنسبة الى المشروع) .

ومضى سلمنا بأن الحكم بالاحالة للدعوى الى محكمة ما لا يثبت الولاية للمحكمة المحالة اليها الدعوى ولا يقيد بها يكون لهذه المحكمة النظر في أمر عدم اختصاصها المتصل بالنظام العام ولو لم يعطن الخصوم في حكم الاحالة بل ولو صدر برضايتهم ، لأن هذا الرضاء لا يؤثر فيما يتعين على المحكمة مراعاته واحترامه من القواعد المتصلة بالنظام العام ولأن الحكم بالاحالة لا يجوز أية حجية بالنسبة الى هذه المحكمة . (ومع ذلك قارن تقضى ٢٢ مارس ٥٦ السنة ٧ ص ٣٨٢ وتقضى ١٢ فبراير ١٩٥٩ السنة ١٠ جلد ١٠ ص ١٣٤) .

لأن هذا وذاك من النظام العام ، ولأن الأصل في التشريع أن المحكمة تثبت ما اتفق عليه الخصوم بشرط ألا يتعارض مع النظام العام (١) .

أما قواعد الاختصاص القيمي فهي لا تتصل بالنظام العام في المشروع كما قدمنا ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

وجدير بالذكر أن الاحالة المتقدمة لا تقيد المحكمة المحالة إليها الدعوى فهي تملك التحقق من تلقاء نفسها من اختصاصها المتصل بالنظام العام . فإذا رأَتْ عدم اختصاصها وجب عليها أن تقضى به من تلقاء نفسها (٢) .

٤١- بطلان أوراق التكليف بالحضور الذى يزول بالحضور أو بتقديم المذكرة :

تنص المادة ١٤٠ من المشروع على أن بطلان أوراق التكليف بالحضور الناشء عن عيب في الاعلان أو بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن اليه أو بتقديمه مذكرة بدفاعة . وتقول المذكرة التفسيرية بصدها « نص المشروع في المادة ١٤٠ منه على أن تقديم المدعى عليه مذكرة بدفاعة يعد بمثابة حضور ومن ثم يزول بطلان ورقة التكليف بالحضور الناشء عن عيب في الاعلان أو بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة .

وأصل هذه المادة هو المادة ١٤٠ من القانون القائم .

والنص المستحدث استبعد العيب الناشء عن عدم مراعاة مواعيد التكليف بالحضور لأن المشروع لم يرتب البطلان جزاء عدم مراعاة مواعيد الحضور (٣) . كما أن النص المستحدث قرر أن تقديم مذكرة المعلن اليه

(١) كتاب نظرية الأحكام في قانون المرافعات الفقرة رقم ٢٨ - والاتفاق المتقدم جائز في أية حالة تكون عليها الاجرامات ولو بعد قبل باب المرافعة في الدعوى (راجع رقم ٣٤ من كتاب نظرية الأحكام في قانون المرافعات) .

(٢) على ما تقدمت دراسته في الفقرة المتقدمة .

(٣) راجع الفقرة رقم ٢١ من هذا المقال

بدفاعه يسقط الحق في التمسك بالبطلان المتقدم ولو تمسك فيها بالبطلان اذ يكون شأنه شأن من يحضر ويتمسك بالبطلان فيسقط حقه في التمسك به على الفور وبمجرد حضوره .

ويشترط لأعمال النص المتقدم :

١ - أن يكون البطلان متصلاً بورقة من أوراق التكليف بالحضور فثلاً عريضة الدعوى في المشروع لا تعتبر من أوراق التكليف بالحضور ومن ثم لا يسرى نص المادة ١٤٠ بصدها .

٢ - أن يكون البطلان المتصل بورقة التكليف بالحضور بسبب عيب في الاعلان أو بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة (١) .

٣ - أن يحضر المعلن اليه أو محاميه الجلسة المحددة لنظر الدعوى أو أن يقدم هذا أو ذاك مذكرة بدفاعه .

٤ - أن يكون الحضور أو تقديم المذكرة بناء على الاعلان الباطل .

٤٢ - للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بادخال من كان مسئولاً عن الحق أو جزء منه لأحد الخصوم :

نعلم أن قانون المرافعات المصري الصادر في سنة ١٩٤٩ قد أجاز للمحكمة في أحوال معينة أن تأمر من تلقاء نفسها بادخال من لم يكن طرفاً في خصومة ما وذلك بقصد رد الدعوى الى الوضع الطبيعي الذي كان يجب أن تعرض به لولا غش الخصوم أو اهمالهم . وتحقيقاً لذات وجهة النظر المتقدمة أضاف المشروع الى تلك الأحوال حالة مستحدثة قررتها الفقرة الثانية من المادة ١٤٣ من المشروع ، فقد أجازت للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال من كان مسئولاً عن الحق أو جزء منه لأحد الخصوم . وقالت المذكرة التفسيرية بصدها « أضاف المشروع الى حالات اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة في الفقرة ب من المادة ١٤٣ منه - نصاً مستحدثاً يحول لها أن تدخل

(١) أنظر دراسة تفصيلية لهذا الموضوع في العدد ٢ وفي نظرية البفوع الطبعة الثانية ، والأحكام العديدة المشار إليها فيها .

من تلقاء نفسها المستول عن الحق أو جزء منه لأحد الخصوم — باعتبار أنه كان يصح اختصاصه بمن له مصلحة في ذلك — مراعاة لحسن سير العدالة واستجلاء لوقائع الدعوى من جهة ، وتقديراً للأثر التسيي لحيجية الأحكام من جهة أخرى . ومثال ذلك أن تدخل المحكمة شركة التأمين المسئولة عن الحق في الدعوى . أى تدخلها في الدعوى المرفوعة من الغير على المؤمن عليه فيحسم الخلاف برفعه بدلاً من حسمه بصورة جزئية ثم ترفع الدعوى من جديد من جانب المؤمن عليه على شركة التأمين (١) .

٤٣ — وجوب تقديم الطلبات العارضة قبل قفل باب المرافعة :

أوجبت المادة ١٤٩ من المشروع ابداء الطلبات العارضة قبل قفل باب المرافعة في الدعوى الا كانت غير مقبولة . وتقول المذكرة التفسيرية في هذا الصدد : « وتمشياً مع أهداف المشروع بصدد تيسير الاجراءات ومنع تعطيل الدعاوى أوجب المشروع في المادة ١٤٩ منه تقديم الطلبات العارضة من الخصوم قبل قفل باب المرافعة في الدعوى أما اذا أعيدت القضية للمرافعة من جديد عاد لكل ذى شأن الحق في ابداء الطلبات العارضة » .

٤٤ — اجراءات الإثبات :

تجمع قوانين المرافعات — في بعض الدول الأوروبية — بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين اجراءات الإثبات وأوضاعه لشدة الاتصال بين القواعد وبين الاجراءات في هذا الشأن . وبعض التشريعات تفرد قانوناً مستقلاً للإثبات .

وفيما يلي ما قالته المذكرة التفسيرية للمشروع في هذا الصدد :

« ولما كانت قواعد الإثبات يتنازعها مكانان ؛ مكان في التقنين المدني وآخر في تقنين المرافعات ، لما لهذه القواعد من ناحيتين ناحية

(١) الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات رقم ١٧٦ م .

(٢) انظر دراسة تفصيلية لهذا الموضوع في كتاب نظرية الأحكام رقم ٣٤ وفي الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات رقم ١٦٢ الحاشية ورقم ١٦٢ م .

موضوعية هي التي تحدد طرق الاثبات المختلفة وقيمة كل طريق منها ومن الذى يقع عليه عبء الاثبات ، وناحية شكلية هي التي تحدد ما يتبع من الاجراءات في تقديم طرق الاثبات ، وكان يبين من استظهار تبويب التقنيات المختلفة ومقارنة كل منها بالآخر ان الاثبات لا ينزل منها مكاناً واحداً فبعض هذه التقنيات يفرد لها مكاناً في تقنين المرافعات (مذهب التشريعات الجرمانية) وبعض منها يفرق هذه الأحكام بين التقنين المدنى وتقنين المرافعات (مذهب التشريعات اللاتينية) وبعض آخر يضمن أحكامها تشريعاً مستقلاً (مذهب التشريعات الانجليزية والأمريكية) ، وكانت قواعد الاثبات الموضوعية لصيقة الصلة باجراءات الاثبات فأخلق بهما والحال هذه أن يحللاً معاً صعيد تقنين خاص يفرد لهما — وهو ما نحا اليه التشريع السورى فيما أسماه بقانون البيئات ، فان المشروع قد اتجه الى رفع النصوص الخاصة باجراءات الاثبات من قانون المرافعات المصرى تاركاً أياها لتحل قواعد الاثبات الموضوعية معاً في تقنين خاص “ .

وكان من رأينا ابقاء الأمر على ما هو عليه في القانون المصرى ، فنظّل النصوص الموضوعية في القانون المدنى ، وقظّل النصوص الاجرائية في قانون المرافعات ، وذلك لأن قواعد الاثبات شأنها شأن سائر القواعد والقوانين الأخرى لها ناحية موضوعية ولها ناحية اجرائية شكلية ، والطبيعى أن تدرج النصوص الاجرائية في قانون المرافعات والأخرى في القانون المدنى . فثلاً ما اتصل بالرهن الرسمى من نصوص موضوعية يعنى به القانون المدنى وما اتصل بنزع الملكية وبالتنفيذ على العقار المرهون يعنى به قانون المرافعات ، وهكذا . ثم من أهم مراحل التقاضى هو مرحلة اثبات الدعوى ومن أهم ما يعنى به قانون المرافعات هو رسم اجراءات اثباتها ، فليس من الطبيعى أن يصدر قانون للمرافعات خالياً من رسم تلك الاجراءات .

وأذا كان الرأى استقر على جمع القواعد الموضوعية للاثبات مع قواعده الاجرائية فى صعيد واحد فكان الأولى أن يكون ذلك فى صلب قانون المرافعات . ولقد كان قانون المرافعات الأهلى يتضمن الكثير من النصوص الموضوعية للاثبات ، ورفعت عنه فى سنة ١٩٤٩ :

وعلى الرغم من فصل قواعد الاثبات الاجرائية عن قانون المرافعات الا أن ذات اللجنة التى وضعت مشروعه وضعت أيضاً مشروعاً للقواعد الاجرائية فى الاثبات ، وهذا يؤكد أن تلك القواعد من صلب القانون الاجرائى .

٤٥- الغاء جزاء البطلان عند مد ميعاد التحقيق أكثر من مرة
أو عند سماع شهود بعد انقضاء الميعاد :

تقول المذكرة التفسيرية للمشروع « لما كانت الفقرة الثالثة من المادة ١٩٥ من قانون المرافعات المصرى لا تجيز « للمحكمة ولا للقاضى المنتدب للتحقيق مد ميعاده أكثر من مرة ، وكانت المادة ١٩٦ منه لا تجيز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم ، وكانت هذه المواد ترتب البطلان جزاء مخالفتها ، فقد اتجه المشروع رفعاً لهذا الحرج الى الغاء هذه النصوص لأن خير ضابط فى هذا الصدد هو حسن تقدير القاضى الذى يجب أن تفرض فيه الثقة الكاملة هذا فضلاً عن أن جزاء البطلان المقرر فى هاتين المادتين هو جزاء قاس مما جعل بعض المحاكم تتخرج فى الحكم به (م ١٩٤ من المشروع) .

(١٢) انظر دراسة تفصيلية لهذا الموضوع فى الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٧٢ وما يليها ، والطبعة الثانية من كتاب نظرية اللجوء رقم ٣٢٣ م ، وماقاله الدكتور فتحي والى فى رسالته رقم ١٥٩ ورقم ١٨٩ وماقاله الأستاذ محمد المشاوى والدكتور عبد الوهاب المشاوى ص ٥٥ - وانظر فى الرد على المراجعين المتقدمين الحاشية رقم ٣٤٦ من الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات .

٤٦- جواز اخراج من ترى المحكمة اخراجه من الخصوم أثناء تأدية شهادة الشهود :

رأى المشروع أن يرفع الحرج عن الشهود فاستحدث نصاً أجاز فيه للمحكمة أن تأمر بإخراج من ترى اخراجه من الخصوم أثناء تأدية شهادة الشهود على أن تتلى عليه بعدئذ (م ٢/٢٠٧ من المشروع) .

٤٧- المحكمة المختصة بنظر المعارضة في تقدير أتعاب الخبير :

نص المشروع صراحة في المادة ٢٤٨ منه على أن المحكمة المختصة بنظر المعارضة في تقدير أتعاب الخبير هي المحكمة التي ندرته ابتدائية كانت أم جزئية .

٤٨- سحب المستندات من ملف الدعوى :

أضاف المشروع حكماً مستحدثاً الى نص المادة ٢٥٨ من قانون المرافعات المصرى أورده في المادة ٢٥٥ منه - استقاء من المادة ٢٤ من قانون البيانات السورى - لمنع تعطيل سير الدعوى بسحب مستنداتها - يوجب عند اذن القاضى لأحد الخصوم بسحب مستنداته حفظ صورة منها في ملف الدعوى بعد التأشير عليها في قلم الكتاب بمطابقتها للأصل .

٤٩- في انكار الخط أو الامضاء :

تنص المادة ٢٧٩ من قانون المرافعات المصرى القابم على أنه اذا لم يحضر المدعى عليه تحكم المحكمة في غيبته بصحة الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ، وتجاوز المعارضة في هذا الحكم في جميع الأحوال . وقد ألغى المشروع العبارة الأخيرة من هذه المادة نظراً لالغاء الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية . ويفترض بداهة حتى تحكم المحكمة في غيبة المدعى عليه بصحة الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ان اعادة اعلانه تكون قد تمت صحيحة عملاً بالأصل العام في المشروع (المذكورة التفسيرية للمشروع)

٤٩٠ - كيفية حساب مدة سقوط الخصومة بعد نقض الحكم وإحالة القضية على محكمة الموضوع :

أضافت. المادة ٢٩٧ من المشروع فقرة ثانية الى المادة ٣٠١ من قانون المرافعات المصرى القائم هى وتحسب هذه المدة (أى مدة سقوط الخصومة) فى حالة نقض الحكم من تاريخ صدور حكم النقض سواء أكان الطاعن هو المستأنف أم المستأنف عليه .

وقالت المذكرة التفسيرية بصدد « قد حسم المشروع الخلاف حول طريقة حساب المدة التى تسقط بها الخصومة بعد نقض الحكم وإحالة القضية على محكمة الموضوع فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٧ منه على أن مدة السقوط فى هذه الحالة تحسب من تاريخ صدور حكم النقض سواء أكان الطاعن هو المستأنف أم المستأنف عليه » .

والموضوع المتقدم مثار خلاف كبير فى الفقه والقضاء الفرنسى والمصرى^(١). ولقد رأى المشروع أن مدة اسقاط الخصومة - فى حالة نقض الحكم - تبدأ من تاريخ صدور حكم النقض سواء أكان المكلف بالسير فى الخصومة بعدئذ هو المستأنف أم المستأنف عليه ، وذلك لأنه من تاريخ صدور الحكم

(١) راجع ماقلناه فى كتاب نظرية الدفوع رقم ١٨١ تأييداً للرأى المتقدم المراجع المشار إليها وأنظر الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٦٧٠ الحاشية .

وراجع نقض ٧ فبراير ١٩٥٧ السنة ٨ ص ١٣٢ وما قالته محكمة النقض فى هذا الصدد .
انه اذا كان حكم النقض قد صدر لمصلحة المستأنف فى الحكم المتقوض فيجب عليه إذا أراد متابعة السير فى الخصومة أمام محكمة الاحالة أن يمثله خلال سنة من صدور حكم النقض فإذا أعمل القيام بهذا الإجراء كان لكل صاحب مصلحة التمسك بالسقوط عملاً بالمادة ٣٠١ وتبدأ السنة من تاريخ صدور حكم نقض باعتباره آخر إجراء صحيح فى الدعوى . ولا يمد من إجراءات التقاضى فى الخصومة اعلان حكم النقض الموجب لايفاء مابقى به ذلك الحكم من مصروفات الطعن وأتعاب المحاماة . ولا يصح الاعتداد بالقول بأن تمجيل الدعوى أمام محكمة الاحالة لايمه الا بانه اعلان حكم النقض تأسيساً على أن التمجيل ما هو الا تنفيذاً لحكم النقض وأنه لا يجوز تنفيذ الأحكام الا بعد اعلانها ، وأن مدة السقوط لا تبدأ الا من تاريخ هذا الاعلان ذلك لأن القانون لم يوجب اعلان حكم النقض قبل تمجيل الدعوى أمام محكمة وأن تنفيذ الأحكام الذى يوجب القانون أن يسبقه اعلانها فى حكم المادة ٦٠ هو التنفيذ الجبرى .

المتقدم يعتبر هذا أو ذاك عالماً به - وفقاً للنظرية التي أخذ بها المشروع ؛ فقد اعتبر الخصوم على علم بالحكم بمجرد صدوره (م ٣٧٥ من المشروع (١) .

٥٠ - يسرى على انقضاء الخصومة بمضى خمس سنوات ما يسرى على سقوطها من اجراءات وآثار :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٣ من المشروع على أنه يسرى على انقضاء الخصومة ما يسرى على سقوطها من اجراءات وآثار .

« وتقول المذكرة التفسيرية أنه قد قصد بالنص المتقدم حسم الخلاف القائم في هذا الشأن » .

ذلك لأن البعض قد اتجه الى أن هناك أحكاماً اختص المشرع بها سقوط الخصومة ، فمثل هذه الآثار لا ترتب على انقضاء الخصومة بمضى المدة ، لأن السقوط ينطوى على جزاء يوقع على المدعى بينا الانقضاء قرينه على أن صاحب المصلحة في الخصومة قد رغب عنها أو تم الصلح بينه وبين خصمه على ما يحقق مصلحتهما . ومن ثم إذا انقضت الخصومة في الاستئناف ولم يكن الحكم الابتدائي قد أعلن جاز استئنافه على اعتبار أن المادة ٣٠٥ إنما تقرر قاعدة استثنائية تتصل بسقوط الخصومة وحده ، كذلك لا يطبق بالنسبة لآثار الانقضاء ما نصت عليه المادة ٣٠٤ أن الحكم بالسقوط لا يسقط الا قرارات الصادرة من الخصوم أو الاعان التي حلفوها ، ولا يمنع الخصوم أن يتمسكوا باجراءات التحقيق وأعمال الخبراء التي تمت ما لم تكن باطلّة في ذاتها ، وذلك لأن المفروض أن هذه الاجراءات تسقط بسقوط الخصومة ولكن المشرع استثنائها بالنص عليها في حالة السقوط (٢)

(١) سوف نشرح هذه المادة عند دراسة قواعد الطعن في الأحكام في المشروع .

تارن ماقلنا في الطبعة الثانية من كتاب نظرية الدفوع رقم ١٨٩ - حيث كان الوضع في القانون القائم أن الخصم لا يستبر على علم بالحكم الا من تاريخ اعلانه به .

(٢) كتاب محمد الشهابى وعبد الوهاب الشهابى ٢ رقم ٨٩١ - وانظر ماقلناه في الرد على مآلهم في الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات رقم ٤٢٠ ص ٦٩٨ الحاشية .

ونحن لا نرى علة تبرر القول المتقدم . ونرى أن الانقضاء يسرى عليه ما يسرى على سقوط الخصومة من إجراءات وآثار . وكلاهما ينطوي على أن مدة ما تتناول حقاً معيناً وتؤدي الى زواله وانقضائه . وكل ما هنالك أن انقضاء الخصومة يتناولها عندما لا يتمكن السقوط من إبطالها والغاءها . ولهذا جاء نص المادة ٣٠٧ من القانون القائم يقول « في جميع الأحوال تنقضي الخصومة بمضي خمس سنوات » وجاءت المذكرة التفسيرية توضح عبارة في جميع الأحوال بمقوله انه قد قصد بها الأحوال التي تكون فيها الخصومة بمنجى من السقوط . واذن كل من سقوط الخصومة وانقضائها بالتقادم يبنى على اعتبارات واحدة ، وغاية الأمر أن الخصومة تسقط بسنة وأنها تنقضي بخمس سنوات عندما تكون في حاية من السقوط . والأمثلة التي وردت في المذكرة التفسيرية للقانون في أحوال انقضاء الخصومة تؤكد وجهة النظر المتقدمة .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى لا يتصور أن حق المستأنف في إعادة استئنافه يسقط متى أهمل في الاستئناف ولم يوال إجراءاته لمدة ستة بيّنات يبقى حقه في الاستئناف إذا أهمل ولم يوال إجراءاته سنوات خمس (هذا بافترض عدم اعلانه بالحكم الابتدائي) .

ولا يتصور أن تسقط بانقضاء الخصومة بالتقادم الاقرارات الصادرة من الخصوم والأيمان التي حلفوها ، وهذه لا يسقطها سقوط الخصومة . ذاته . ولو لم يوجد نص المادة ٣٠٤ - لأن هذا النص إنما يقرر في الواقع قاعدة عامة مقتضاها أن اقرار الخصم لا يسقط إلا بما تسقط به الحقوق الموضوعية .

كذلك لا تتصور علة لحرمان الخصوم من التمسك بإجراءات التحقيق التي تمت صحيفة في الخصومة المنقضية ما دام من الجائز الاستناد إليها عند سقوط الخصومة وما دامت القاعدة في التشريع هي اباحة الالتجاء الى القضاء للمحافظة على الدليل قبل رفع الدعوى بالموضوع الى المحكمة المختصة عملاً بالمواد ٢٧٧ ، ٢٧٩ ، ٢٢٢ من القانون القائم .

لكل الاعتبارات المتقدمة رأى المشروع أن يحسم الأمر صراحة على النحو المقرر في المادة ٢/٣٠٣ منه .

٥١- لا يجوز في تحقيق طلب الرد استجواب القاضى ولا توجيه اليمين اليه :

نصت على المبدأ المتقدم الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ من المشروع .

وقالت المذكرة التفسيرية في صده أنه منقول عن المادة ٢٥٠ من قانون الاجراءات الجنائية القائم . وقد قصد به احاطة القاضى بضمانة تكفل له الاحترام والجلو الصالح للعمل ؛ فكثيراً ما يكون توجيه الاستجواب اليه أو اليمين مقصوداً به احراجه وتجريحه . ومن ناحية أخرى توجيه اليمين الحاسمة هو بمثابة صلح ، والصلح لا يجوز في دعاوى الرد .

وواضح أن النص المتقدم يعمل به في أحوال الرد دون المخاصمة ، لأن المخاصمة دعوى تتضمن مطالبة القاضى بالتعويض فضلاً عن طلب الحكم ببطالان ما اتخذ من أحكام وقرارات ، فهي أخطر من الرد ، والقاضى ينزل فيها منزلة الخصم ، خاصة بعد الحكم بقبولها .

٥٢- في اصدار الأحكام :

قصد المشروع أن يحث القضاة على عدم التراخى في اصدار أحكامهم فأوجب في جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتعلة على أسبابه يوم النطق به والا كان باطلاً (م ٣٤٢ من المشروع) - وهذا النص المقترح يتماشى مع ما قرره المشروع كقاعدة عامة من اعتبار ميعاد الطعن يسرى من تاريخ صدور الحكم ، وتمشياً مع هذا النظر أوجب المشروع في المادة ٣٤٦ منه على رئيس الجلسة وكتابتها توقيع نسخة الحكم الأصلية في ظرف يوم من يوم النطق بالحكم في القضايا المستعجلة وسبعة أيام في القضايا الأخرى - من لا يبدع المسودة كما هو الحال في القانون القائم .

ويلاحظ أن المشروع قد جعل الميعاد الأول يوماً بدلاً من أربع وعشرين ساعة ، وذلك حتى يسهل حساب الميعاد - اذ القاعدة أن حسابه بالأيام أسهل وأيسر من حسابه بالساعات .

وجدير بالإشارة أن المادة ٣٤٥ من المشروع وان استوجبت ذكر اسم عضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية - ان كان - الا أنها لم ترتب البطلان جزاء نقص هذا البيان أو خطئه (١) .

وهكذا التى المشروع موطناً من مواطن البطلان في حالة يكون الحكم به مبالغة في التمسك بالشكليات متى ثبت بالفعل أن النيابة قد مثلت في الدعوى وأبدت رأيها فيها وفقاً لما يتطلبه القانون .

وانما اذا لم تتدخل النيابة في الدعوى في حالة يوجب القانون فيها هذا التدخل فان الحكم يكون باطلاً وبعبارة أخرى ، القاعدة المستحدثة تفترض نقص البيان المتقدم من الحكم مع التسليم حتماً بحصول تمثيل النيابة بالفعل .

٥٣ - الاختصاص بنظر طلب التعويض مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بأيهما الكيد :

تنص المادة ٣٥٧ من المشروع في فقرتها الأولى على جواز طلب الحكم بالتعويض في مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بأيهما الكيد (٢) وهذا النص لا يختلف عن نص المادة ٣٦١ من القانون القائم .

(١) المادة ٣٤٩ من القانون القائم ترتب البطلان جزاء نقص البيان المتقدم - راجع الأحكام المشار إليها في الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٨٠٢ وما يليها .

(٢) كان المشروع اتهمى قد استبدل بعبارة الكيد عبارة غير جدى على اعتبار أن الأولى أضيق نطاقاً من الثانية . وقصد بها كل حالة يرفع فيها المدعى دعواه دون أن يستجيع أدلها أو يرفضها ولا يوالئها على وجه الاطلاق ويهدد بها خصمه ، أو يرفضها بلا تردد - وذلك على أساس أن المواطن لا يحق له أن يحمل من الاجتهاد الى القضاء وسيلة تهديدية يقصد بها مجرد مشاكسة خصمه وإيذائه . وقد رؤى بهذا إبقاء النص على حاله في هذا الخصوص حتى لا يتخذ النص المستحدث - هو الآخر - وسيلة للكيد والتعنت .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٧ من المشروع على أن الاختصاص بنظر الطلب المتقدم لا يكون الا للمحكمة التي نظرت الدعوى أو الدفاع الكيدى . ويرفع إليها بصورة طلب عارض أو بدعى أصلية .

وتقول المذكرة التفسيرية للمشروع في هذا الصدد « حسم المشروع الخلاف القائم في الفقه حول المحكمة المختصة بنظر طلب الحكم بالتعويض عن دعوى أو دفاع قصد بأيهما الكيد فأكد في الفقرة الثانية من المادة ٣٥٧ منه اختصاص المحكمة التي نظرت الدعوى أو الدفاع الكيدى وحدها بطلب التعويض سواء أكان هذا الطلب قد رفع إليها بصورة عارضة أثناء نظر الطلب أو الدفاع الكيدى أم بدعى أصلية ترفع إليها بعد انقضاء الخصومة الكيدية » .

ونقول في توضيح ما تقدم أن القضاء في فرنسا (١) وفي مصر (٢) قد جرى على وجوب رفع دعوى التعويض المتقدمة أمام ذات المحكمة المطروح أمامها الدعوى الكيدية أو الدعوى التي دفعت بدفاع كيدى ولو كانت هي محكمة الاستئناف لأن هذه المحكمة هي وحدها المختصة بالفصل في الحكم بمصاريف الدعوى التي تنظرها ، القضائية منها وغير القضائية ، اذ هي أدرى من أية محكمة أخرى في تقدير مصاريفها والتعويضات الناشئة عن رفعها ، سواء أكانت التعويضات عن ضرر مادى أم أدبى . ويجوز التمسك بالتعويض اما على صورة طلب عارض أم على صورة دعوى أصلية مبتدأة . ويشترط لاختصاص المحكمة المتقدمة أن يكون من مقتضى وظيفتها الفصل في دعاوى التعويض لأن هذا الأمر يتصل بالنظام العام ، ومن ثم اذا اتخذ إجراء تعسفى أمام

(١) أنظر كتاب نظرية الأحكام رقم ٥٥ ورقم ٦٣ ورسالة موريل (Jules Morel) في Des dommages - intérêts en cas d'exercice abusif des actions en justice, thèse, Paris 1910 ص ٩٣ ومايليها والأحكام الجديدة المشار إليها فيها .

(٢) راجع الجداول الثماني للمعاملة (مرافعات) رقم ١٦٤٩ ، ١٦٥٤ ، ١٦٥٧ ،

لجنة إدارية أو أمام قاضي الأمور المستعجلة أو قاضي الأمور الوقفية أو قاضي البيوع فلا اختصاص لأي منهم بنظر طلب التعويض عنه (١) .

ولما كان الاختصاص القيمي في المشروع لا يتصل بالنظام العام فمن الجائز التجاوز عنه عند رفع دعوى التعويض عن الإجراء التعسفي .

هذا ويلاحظ جواز طلب التعويض بدعوى أصلية ترفع أمام نفس المحكمة التي اتخذ أمامها الإجراء التعسفي ولو كانت الدعوى الأصلية قد انقضت أمامها بحكم في موضوعها أو بحكم قبل الفصل في الموضوع (٢) .

ويلاحظ أيضاً أن التعويض عن الطلب أو الدفع الكيدي لا يعد من قبيل الغرامة وإنما هو تعويض عن الضرر والمصروفات الاستثنائية التي تكبدها الخصم بالفعل نتيجة هذا أو ذاك .

ولا يسقط الحق في طلب التعويض إلا في الأحوال المسقطة له المقررة في القانون الموضوعي (٣) .

وإذا تعددت الإجراءات الكيدية من جانب الخصم لرفع دعوى كيدية موضوعية مختلفة أمام محاكم متعددة أو لرفعة دعوى موضوعية ودعوى مستعجلة أمام قاضي الأمور المستعجلة ولاتخاذ إجراءات إدارية كلها تشبه عن التعسف ، أو إذا تعددت الدعاوى ولم تكن كل منها مشوبة بالكيد في ذاتها وإنما وضع الكيد لتعديدها ولكثرتها ، وطالب الخصم بالتعويض لتعدد فعل الكيد أو للكيد تعدد الثابت من الإجراءات المتخذة

(١) أنظر كتاب نظرية الأحكام رقم ٦٣ ص ١٤٨

(٢) قارن أحكام محكمة الاستئناف المختلطة المدينة المشار إليها في كتاب الفروع وفي الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات .

وانظر في الاعتراض على القاعدة المتقدمة محمد المشاي وعبد الوهاب المشاي ٢ ص ٧٠٩ ، ٧١٠ وانظر في الرد عليه الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٨١٢ وما يليها .

(٣) قارن الأحكام المشار إليها في كتاب نظرية الأحكام رقم ٦٣ ص ١٥٦ .

من مواجهته فان المحكمة المختصة به تحددها القواعد العامة في الاختصاص النوعي والمحلي ، وليس هناك مجال لأعمال المادة ٣٥٧ من المشروع . وكذلك الحال اذا كان الاجراء التعسفي لا يتعلق بخضومة نظرت أمام محكمة ما ، فان طلب التعويض عنه يرفع الى المحكمة المختصة نوعياً ومحلياً بمقتضى القواعد العامة .

ويرفع طلب التعويض عن اجراء تعسفي من اجراءات التنفيذ الى المحكمة المختصة عملاً بالقواعد العامة . واذا تعلق الاجراء التعسفي بخضومة في أشكال في التنفيذ ، وجب رفع طلب التعويض عنه أمام ذات المحكمة التي تنظر الاشكال عملاً بالمادة ٣٥٧ من المشروع .

٥٤ - تقدير أتعاب المحاماه :

استحدث المشروع قاعدة طريفة من مقتضاها تقدر أتعاب المحاماه التي يقضى بها على مقتضى القواعد والضوابط التي تصدر بها قرارات من وزير العدل بعد أخذ رأى الجمعية العمومية لمحكمة النقض .

وقد قصد المشروع بهذا ضمان حد أدنى لأتعاب المحاماه التي تقضى بها المحاكم على اختلاف أنواعها وهذا الحد الأدنى يختلف بحسب نوع كل محكمة ونوع الحكم الذي يصدر في الدعوى حضورياً كان أو غيابياً وطبيعة النزاع وأهميته وما اذا كان الفصل في الدعوى قد استدعى اتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات أو التحقيق أو الخبرة وما الى ذلك - على أن هذا الحد الأدنى - الذي يصدر به قرارات من وزير العدل المركزي بعد أخذ رأى الجمعية العمومية لمحكمة النقض بوصفها الهيئة الموحدة الأقلر على وضع هذه القواعد والضوابط بالنسبة الى أقليمى الجمهورية معاً - يجوز اعادة النظر فيه زيادة أو نقصاً تبعاً للظروف المالية والاقتصادية في البلاد . وهذا الحد الأدنى لا يحول دون سلطة المحاكم في تقدير أتعاباً للمحاماه تبرؤ عليه متى رأت من مجهود المحامى وغنائه يبعث الدعوى وتحضرها أعداد مستنداتها ومذكراتها ما يقتضى ذلك . وغنى عن البيان أن ضمان هذا الحد الأدنى من الأتعاب من شأنه أن يعوض الى حد ما قدرأ من الأتعاب الاتفاقية يمكن للنوى الشان من ادخاله في اعتبارهم لدى الاتفاق على الأتعاب (المذكرة التفسيرية) .

٥٥ - المحكمة التي تنظر التظلم من الأمر الصادر بتقدير المصروفات :

تنص المادة ٣٥٩ من المشروع على أنه يجوز لكل من الخصوم أن يتظلم من تقدير المصاريف الصادر بها الأمر (من رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم) ويحصل التظلم أمام المحضر عند اعلان أمر التقدير أو بتقرير في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم في ظرف ثمانية الأيام التالية لاعلان الأمر . ويحدد المحضر أو قلم الكتاب اليوم الذي ينظر فيه التظلم على حسب الأحوال أمام المحكمة التي حكمت بالمصروفات في غرفة المشورة ويعلن الخصوم بذلك قبل الموعد المحدد بثلاثة أيام .

ولقد شاء المشروع أن يمنع اللبس بالنص صراحة على أن المحكمة التي تنظر التظلم من الأمر الصادر بتقدير المصروفات هي ذات المحكمة التي حكمت بها - لأن البعض قد اتجه - في ظل القانون القائم - الى القول بأن المشرع لم يوجب صراحة أن تنظر التظلم ذات المحكمة التي حكمت بالمصروفات (١).

وفيما عدا ما تقدم لا يختلف النص المستحدث عن المادة ٣٦٣ من القانون القائم (٢) .

٥٦ - اجراءات طلب تفسير حكم صادر من محكمة النقض :

لم ينص قانون المرافعات القائم على الاجراءات الواجب اتخاذها عند رفع طلب تفسير حكم صادر من محكمة النقض . ولقد أثار هذا الموضوع خلافاً كبيراً أمام محكمة النقض وانتهت هذه المحكمة الى أن طلب التفسير

(١) أنظر كتاب نظرية الأحكام رقم ٥٩ والأحكام المشار إليها في ص ١٣٩ منه .

(٢) مع ملاحظة أن النص المستحدث اختار عبارة « التظلم » بدلا من « المعارضة » الواردة في النص القائم لأن الواقع أن الخصم يتظلم من الأمر الصادر على عريضة ولا يعارض فيه ، ومع ملاحظة أن طريق التظلم بالتقرير به في قلم الكتاب لا يختلف عن الاجراءات المتتادة لرفع الدعاوى ومن ثم جسم المشروع الخلاف القائم في ظل القانون الحالي في صدد جواز رفع المعارضة بتكليف بالحضور (راجع كتاب نظرية الأحكام ص ١٣٩ والأحكام المشار إليها فيه) .

لاتراعى فى شأنه اجراءات تحضير القضية فى قلم كتاب المحكمة فى المواعيد المقررة فى القانون ، وانما تحدد فى صدره جلسة بطلب يقدم الى رئيس المحكمة .

ولقد جاءت المادة ٣٦٢/٢ من المشروع تقرر أنه اذا كان الحكم المطلوب تفسيره صادراً من محكمة النقض^(١) وجب تقديم طلب تفسيره الى قلم كتاب المحكمة بتقرير ، ويحدد رئيس المحكمة جلسة لنظره مع تكليف الطالب باعلان خصمه قبل الجلسة بخمسة عشر يوماً على الأقل .

وبذا حسم المشروع الأمر فلا تتخذ فى صدر الطلب المتقدم اجراءات التحضير فى قلم الكتاب ولا تراعى بطبيعة الحال مواعيد هذا التحضير ، ولا يعرض الطلب على دائرة فحص الطعون ولا تراعى فيه المواعيد المقررة (المذكورة التفسيرية للمشروع) .

واذا طلب تفسير حكم أو قرار صادر من دائرة فحص الطعون فان الطلب يقدم الى هذه الدائرة ولا يقدم بطبيعة الحال الى الدائرة الخامسة لأن القاعدة الأساسية أن الهيئة التى تفسر الحكم هى ذات الهيئة التى أصدرته والا اعتبر طلب التفسير بمثابة طعن فى القرار الصادر من دائرة فحص الطعون والقانون يمنع هذا الطعن بمقتضى نص المادة العاشرة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ (٢)

(١) نقض أول مايو ١٩٥٨ طلب رقم ٤٠٣ سنة ٢٧ قضائية تفسير - وانظر الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٨١٨ - الخاتمة .

(٢) وشأن اجراءات طلب تفسير حكم النقض شأن اجراءات طلب خصامة دائرة بالنقض ، فهذا الطلب يقدم بتقرير يودع قلم كتاب محكمة النقض يوقعه الطالب أو من يوكله فى ذلك توكيلاً خاصاً .

ولا يطرح الطلب على دائرة فحص الطعون لأن هذا التقرير لا يتصل بطعن عن حكم صدر فى الاستئناف ، وقد يتصل بحكم صدر من الدائرة الخامسة والقاعدة أن القضاء لا يسقط على قضاء آخر الا اذا كان الأول أعلى درجة من الثانى . ولا تحضر القضية فى الطلب فى قلم الكتاب فى المواعيد المقررة فى القانون ، ولا تراعى هذه المواعيد . (راجع الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات رقم ٥٠ ص ٩٤) .

٥٧- عدم سقوط الأمر الصادر بتقدير المصروفات ولو لم يقدم للتنفيذ في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره :

تنص المادة ٣٧٦ من القانون القائم على أن الأمر الصادر على عريضة يسقط اذا لم يقدم للتنفيذ في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره . والنص المتقدم استحدثه قانون سنة ١٩٥٩ على اعتبار أن الأمر وهو تصرف ولائي باجراء تحفظي لا يصبح أن يبقى سلاحاً مسلطاً شهده من صدر له الأمر في وجه خصمه في أى وقت يشاء ، مع احتمال تغير الظروف الداعية الى اصداره وزوال الحاجة الملجئة اليه . واذا كان الحكم الغيابي الذي يصدره القضاء بعد تحقيق بطلان ويعتبر كأن لم يكن اذا لم يعلن الى المحكوم عليه في خلال مدة قصيرة من تاريخ صدوره فأحرى بالأمر على العريضة أن يسقط من باب أولى اذا لم يقدم للتنفيذ في المناسبة التي صدر فيها .

وقد اختلف الرأي في صدد الأمر الصادر بتقدير المصروفات ، هل يسقط هو الآخر لعدم تنفيذه في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره أم أنه يبقى على أساس أنه في واقع الأمر انما يكمل الحكم بالالزام بالمصروفات ، وظل أساساً أنه ملحق بالخصومة نفسها .

وقد قضت محكمة النقض بأن أوامر تقدير المصاريف القضائية المحكوم بها والتي تصدر طبقاً للمادة ٣٦٢ من القانون القائم تختلف عن الأوامر على عرائض أحد الخصوم التي تصدر طبقاً للمادة ٣٦٩ من القانون القائم وهي في حقيقتها مكملّة للحكم بالالزام ، ومن ثم فلا يكون هناك مسوغ للقول بتطبيق حكم السقوط الوارد في المادة ٣٧٦ عليها اذا لم تقدم للتنفيذ في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها (١) .

(١) نقض ٢٨ أكتوبر ١٩٥٩ ونقض ٢٥ أكتوبر ١٩٥٦ السنة ٧ ص ٨٤٢ - وأنظر الكتاب نظرية الأحكام ص ١٣٨ .

ولقد أخذ مشروع قانون المرافعات بوجهة النظر الأخيرة وقرر صراحة أن أمر تقدير المصروفات لا يسقط إذا لم يقدم للتنفيذ في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره (م ٣٧٢ منه) . وإنما يسقط كما تسقط الأحكام (١) .

(١) قالت المذكرة التفسيرية في هذا الصدد « ولما كان الأمر الصادر على عريضة يسقط إذا لم يقدم للتنفيذ في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره فقد أزال المشروع لبساً بالنسبة لأمر تقدير المصروفات استثناء من السقوط على اعتبار أن هذا الأمر ملحق بالدعوى نفسها فلا يسقط إلا كما تسقط الأحكام » .

الاتجاه الحديث في نظرية المساهمة الجنائية

للدكتور رمسيس بهنام

أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

لا يتأتى تمحيص نظرية المساهمة الجنائية ، وإيضاح ما لها وما عليها ، بدون رجوع الى أصل هذه النظرية والى الضرورات العملية التى أدت الى نشأتها .

فمجال النظرية من ناحية ، هو وقوع الجريمة الواحدة نتيجة نشاط أكثر من شخص واحد .

ذلك لأنه حين يعزى وقوع الجريمة الى نشاط شخص واحد بمفرده ينحصر فيه دون سواه السلوك الذى تحققت به ، لا يكون هناك أى مجال للكلام عن مساهمة جنائية . فالأمر حينذاك يتعلق بجريمة واحدة وقعت من مجرم واحد بدون أن يسهم فيها أحد غيره .
هذا عن مجال النظرية .

ومن ناحية أخرى ، فإن المصدر الذى يرد اليه نشوء النظرية فى هذا المجال هو اختلاف سلوك الواحد من المجرمين عن سلوك الآخر كما وكيفاً حتى فى الجريمة الواحدة التى يتضافرون معاً فى انتاجها .

فهم من يؤدى قسطاً فى عملية تنفيذها ، ومنهم من يقف من هذه العملية على هامشها ، وإن كان ذا شأن فيها وله دخل فى قيامها .

ولكى يتضح معنى العملية وهامش العملية فنضرب مثالا بالقتل .

فعملية تنفيذ القتل تتمثل فى الإمساك بالخنجر عليه وتكيله وكم أنفاسه مثلاً ، أو فى إطلاق عيار نارى عليه فى مقتل فيخرب صريعاً .

غير أنه عند تدخّل أكثر من شخص في النشاط المقصود إلى هذه العملية لا يكون من الإلزام حيناً أن ينهض كل واحد بنصيب فيها .

فقد يقتصر واحد على مجرد الاتفاق مع غيره عليها فينفذها هذا الغير . وقد يقف عند تحريض الآخر على ارتكابها فيؤذيها عنه هذا الآخر . وقد يقنع بمجرد تقديم سلاح نازي ليستخدم في العملية ، فيحدث فعلاً أن تم على يد غيره باستخدام هذا السلاح .

عندئذ يعتبر مجرد الاتفاق أو التحريض أو تقديم السلاح ، نشاطاً ثانوياً بالمقاييس إلى تنفيذ القتل ذاته ، أي نشاطاً لا يدخل في صميم عملية تنفيذ القتل وإنما يقف على هامش هذه العملية .

والقانون إذ يقرر عقوبة على القتل ، إنما يستخدم عادة في التعبير عن الركن المادي لهذه الجريمة لفظ « القتل » ، أي لفظاً يفصح عن السلوك الذي تتمثل به عملية تنفيذ الجريمة ، لا السلوك الذي يجري على هامش هذا التنفيذ .

وهو إذ يوجه إلى المواطنين شيئاً عن ارتكاب القتل إنما يعبر عن هذا النهي بعبارة أن كل من قتل نفس الغير عمداً يعاقب بعقوبة معينة .

وبواضح أن هذه العبارة تنحصر مدلولها ومغزاها في السلوك الذي ينفذ به القتل عملاً أي في عملية إزهاق روح الغير أو عملية تنفيذ القتل ذاتها دون إشارة إلى ما يجري على هامشها سواء في وقت سابق عليها أو في وقت معاصر .

فنستخدم حينه فعلاً في إزهاق روح غيره سواء حرك في ذلك يداً أو رجلاً ، هو الذي يصدق عليه أنه قتل نفس الغير عمداً .

وهو الذي تنصرف إليه عبارة النص الناهي عن القتل .

أما من اتفق بمجرده اتفاقاً أو حرض بمجرّد تحريض أو قدم السلاح بمجرّد

تقديم تاركاً للغير مهمة استخدامه ، فلا يعتبر أنه هو الذى « قتل » الغير
عمداً ، لو أن القتل حدث بالفعل .

ولكن أيفلت مثل هذا من العقاب لمجرد أن النص الخاص بجريمة القتل
قرر العقوبة على القتل دون اشارة الى ما جرى على هامش تنفيذ للقتل ؟
لا شك فى أن هذا السؤال يجاب عنه بالنفى .
وقد أعطى القانون عنه جواباً نافياً .

والصورة التى أعطى بها هذا الجواب ، هى أنه بالإضافة الى النص
المحدد للركن المادى فى القتل وللعقوبة عليه ، وضع نصاً آخر صار بمقتضاه
المتفق على القتل أو المحرض عليه أو مقدم السلاح من أجله ، فى حكم القاتل
ولو أنه ليس القاتل .

هذا النص وضعه القانون فى صدد الجرائم عامة لا فى صدد جريمة
القتل وحدها .

ذلك لأن الضرورة إلى اقتضت وضعه ليس مجالها مقصوراً على القتل
فحسب ، وإنما هى ماثلة فى مجال أية جريمة من الجرائم .

فمن اللازم أن يعاقب كل من كان له فى الجريمة دخل ، ولو لم يكن
تنفيذها قبل تم على يديه .

ولذا وضع النص المذكور لا فى أعقاب النص الخاص بجريمة القتل
أو بأية جريمة أخرى معينة بذاتها ، وإنما وضع - وهذا ما حدث فعلاً
منذ بداية عهد التشريعات الجنائية - بقسم عام يضم الأحكام التى تسرى
على كافة الجرائم ولا تقتصر على جريمة دون أخرى .

وهذا ما فعله المشرع المصرى أسوة بغيره ، حين وضع فى الكتاب
الأول من قانون العقوبات وفى الباب الأول الخاص بالقواعد العمومية
نص المادة ٤١ : يقرر أن :

من اشترك في جريمة فعلية عقوبتها .

فن كان نشاطه جارياً على هامش عملية تنفيذ الجريمة ، يعبر عنه القانون المصري بأنه « اشترك في الجريمة » ، ويقرر أن عليه عقوبتها أى عليه ذات العقوبة المقررة لمن ينهض بعملية تنفيذها .

يؤكد ذلك أن من ينهض بجزء - كبر أو صغر - من عملية التنفيذ ذاتها ، يعبر القانون عنه في المادة ٣٩ بكلمة « الفاعل » ، بينما يعبر في المادة ٤٠ بكلمة الشريك عن يقف نشاطه عند اتفاق أو تحريض أو اعطاء سلاح أو أى عمل مجهز أو مسهل أو متمم ، أى من يظل نشاطه على هامش عملية التنفيذ نفسها .

الآن وقد انتضحت ضرورة وضع نص يجعل لمن يباشر نشاطه على هامش عملية تنفيذ الجريمة ، حكم من يباشره في صميم هذه العملية ذاتها ، تتضح بالتالى الضرورة التى نشأت من أجلها نظرية المساهمة الجنائية .

فبحول هذا النص العام ، وتعليقاً عليه وتفرعاً عنه ، قامت نظرية المساهمة الجنائية .

وقيامها لا يرجع الى التعدد المحتمل للمتدخلين في حدوث الجريمة ، بقدر ما يرد الى الاختلاف الكمي والكيفي لوجوه النشاط الواقع منهم ، والى كون هذا النشاط تارة يقع في بؤرة عملية تنفيذ الجريمة وتارة يقع على هامش هذه العملية ؛ والى كونه في الحالة الثانية يأخذ ذات الحكم الذي له في الحالة الأولى .

على أنه مادام النشاط مستحقاً للعقوبة سواء دخل في عملية التنفيذ أو ظلى على هامشها ، بحق التساؤل عن الفائدة العملية التى من أجلها قامت نظرية بأسرها جزئاً للتفرقة بين ما هو في بؤرة عملية التنفيذ ويجعل صاحبه فاعلاً وبين ما هو على هامش هذه العملية ويجعل صاحبه شريكاً .

فأدام الشريك في حكم الفاعل ، أى مادام من هو على هامش التنفيذ مثل من هو في بثورته ، من حيث المصير ، فعلا م كل ذلك العناء الذى تحمله شراح القانون ليفرقوا بين من هو فاعل وبين من هو شريك ؟ هذا ما سنتحدث عنه في موضعه .

وأما الذى يعيننا في هذا الموضع الذى نقدم به للموضوع ، هو أن نبين منشأ الموضوع والظروف التى ولد فيها .

فنظرية المساهمة الجنائية إنما نشأت بمناسبة النص الذى اتخذت منه أساساً لها وجعلت منه نواة لصياغتها ، وهو النص الذى جعل النشاط الواقع على هامش تنفيذ الجريمة مثل النشاط الدائر في بثورة هذا التنفيذ ، من حيث العقوبة المستحقة (1) .

ومدار هذه النظرية هو بالذات التفرقة بين ما هو في بثورة عملية التنفيذ وبين ما هو على هامش هذه العملية ، أى بعبارة أخرى بين من هو فاعل ومن هو مجرد شريك .

ومن أجل هذا ، ولد مع النظرية نفسها ، قول كاشف عن طبيعتها ، جرى الفقه الجنائى التقليدى على ترديده ، وهو القول بالصفة التبعية للمساهمة الجنائية .

والمراد بهذا القول ، أن النص الخاص بهامش عملية التنفيذ ، لا يكون هناك محل لدخوله في ميدان التطبيق ، إلا اذا سبقه الى هذا الميدان النص الخاص بعملية التنفيذ ذاتها .

فلا محل للكلام عن هامش لعملية ، حيث لا يكون لهذه العملية وجود أصلا .

أى لا محل لمساملة الانسان عن الاتفاق على جريمة أو التحريض عليها أو لعدد الغير بعيدة تنفيذها ، حيث لا تنفذ هذه الجريمة فعلاً على يد من كان يراد أن تتحقق بفعله .

حينذاك لا يستحق المتفق عقوبة على محض اتفائه ، ولا المحرض على محض تحريضه ، ولا المهيء على محض اعداده عدة الجريمة (١) .

وعبر الشراح الفرنسيون عن ذلك بحديثهم عما يسمى « مبدأ استعارة اجرام الشريك » (٢) ، أى مبدأ أن الشريك يستمد اجرامه من اجرام الفاعل ، وأن صفة الاجرام لا تلتصق به الا اذا التصقت من قبله بفاعل . فعلى الرغم من كون نشاط الشريك سابقاً على نشاط الفاعل أو معاصراً اياه من الناحية الزمنية ، الا أنه من الناحية المنطقية ، أو بتعبير أدق ، من ناحية المنطق الذى يسير عليه النهج التقليدى للقانون ، يعتبر لاحقاً له فى اكتساب نعت الاجرام .

وهذا نهج غريب ، سرى فى المراحل المقبلة من هذا البحث أن الفقه الحديث متجه نحو اطراحه .

وقد طرزه فعلاً قانون العقوبات الإيطالى الذى نص فى المادة ١١٥ منه على أنه « اذا اتفق شخصان أو أكثر على ارتكاب جريمة ، ولم تقع هذه الجريمة ، لا يعاقب أحد ما على محض الاتفاق فى ذاته ، ما لم يوجد فى القانون نص على خلاف ذلك » .

غير أنه فى حالة الاتفاق على ارتكاب جتحة يجوز للقاضي أن يطبق تدبيراً واقعياً .

(١) « ما لم يكن ذلك محل عقاب فى ذاته كجريمة قائمة بذاتها ، وعندئذ يكون العقاب عليها منازراً للعقوبة الخاصة بالجريمة المتفق أو المحرض عليها أو المدلماً والى لم تقع .

L'emprunt par le complice de la criminalité de l'auteur principal (Donnedieu (٢)
De Vabres " Traité de Droit criminel et de législation pénale comparée". 1947,
P 258 et s).

وتسرى الأحكام نفسها في حالة التحريض على ارتكاب جريمة إذا قبل التحريض ولكن لم تقع الجريمة .

وإذا لم يقبل التحريض ، وكان على جنتحه ، يجوز اخضاع المحرض " لتدبير واثق " .

فجرد التقاء ارادتين على ارتكاب جريمة ، يعتبر في القانون الايطالى حالة خطرة تنذر بالاجرام وان لم تكن في ذاتها جريمة بعد . كما أنه يكشف في ذاته عن خطورة فيمن التقت ارادتهم على سلوك طريق الاجرام حتى ولو لم تكن قد وقعت منهم فيما بعد جريمة ما . ويصدق الأمر نفسه على التحريض في ذاته ولو لم تقع الجريمة المحرض عليها .

هذا عن حالة عدم وقوع جريمة رغم الاتفاق أو التحريض عليها .

وإنما الحالة التي ستشغل في المجال الحالى معظم اهتمامنا هي حالة وقوع جريمة فعلا بناء على اتفاق أو تحريض أو مساعدة .

وقد قلنا ان النشاط الذى يدور على هامش تنفيذ الجريمة هو الذى قامت من أجله نظرية المساهمة الجنائية .

حقيقة أن الشخص الذى يساهم في عملية تنفيذ جريمة ما بنشاط لا يقف على هامش هذه العملية وإنما يدخل في صميمها كجزء منها ، يعتبر مساهماً في الجريمة مع من انضم اليهم في تنفيذها ، ويكون وضعه بالنسبة لمن تولى منهم عملية التنفيذ ذاتها هو وضع الفاعل مع الفاعل .

وصحيح أن صورة وجود فاعل مع فاعل ، هي من الصور التي تدخل في عموم نظرية المساهمة الجنائية على اعتبار أن مجالها — كما سبق القول — هو بصفة عامة وجود تعدد في الأشخاص الذين تعزى اليهم الجريمة . غير أن هذه النظرية — على ما سلف بيانه — لم تنشأ لحالة وجود فاعل مع فاعل ، بقدر ما نشأت لحالة وجود شريك مع فاعل .

وكان ولا يزال جوهرها ولها ، هو وضع فيصل التفرقة بين الفاعل والشريك أى بين الشخص الذى يعتبر نشاطه داخلاً فى صميم عملية تنفيذ الجريمة ، وذلك الذى يقف نشاطه على هامش هذه العملية .

وقد آن لنا بعد أن وضحت المناسبة العملية لنشأة نظرية المساهمة الجنائية أن تنتقل الى بيان مضمونها وماتراً عليهما من اتجاهات حديثة لها شأنها وخطرها .

قلنا ان نظرية المساهمة الجنائية أدت الى نشأتها ضرورة اعطاء من يباشر نشاطه على هامش عملية تنفيذ الجريمة ، حكم من يدخل نشاطه فى صميم هذا التنفيذ ، وذلك يجعل عقوبتهما عن الجريمة الواقعة واحدة .

ولم يكن الباعث على نشوء تلك النظرية تعدد القائمين بعملية التنفيذ ذاتها اذ لم تكن هناك صعوبة فى اخضاعهم جميعاً لعقوبة واحدة هى عقوبة الجريمة التى نهضوا معاً بعملية تنفيذها ، بوصفهم فاعلين متعددين لذات الجريمة ، يصدق على نشاط كل منهم النص المحدد لركنها المادى .

لم تكن هناك صعوبة فى اعتبارهم قطة ان كانت الجريمة قتلًا ، أو سارقين ان كانت الجريمة سرقة ، وفى تطبيق عقوبة القتل أو عقوبة السرقة على كل منهم بناء على ذات النص المقرر لهذه العقوبة ودون حاجة الى أساس آخر غيره .

وانما كان محل الصعوبة أن تطبق عقوبة القتل أو عقوبة السرقة على من كان نشاطه واقعاً خارج عملية تنفيذ القتل أو السرقة وعلى هامش هذه العملية .

ونحل هذه الصعوبة وضع فى القسم العام من إقانون العقوبات نص يجعل صاحب هذه النشاطات فى حكم القاتل وإن لم يكن هو القاتل ، وفى حكم السارق وإن لم يكن هو السارق .

وجعل هذا النص مساوياً فى كفاة الجرائم .

وعلى أساسه شيدت نظرية المساهمة الجنائية (١).

واذن ، فهذه النظرية وضعت لحالة وجود شريك مع فاعل ، أكثر مما وضعت لحالة وجود فاعل مع فاعل .

وجل عنايتها منصب على وضع فيصل التفرقة بين الشريك والفاعل أكثر مما هو منصرف الى علاج حالة وجود فاعل مع فاعل .

وفى هذا النطاق الذى توليه النظرية جل اهتمامها ، أى نطاق التفرقة بين الفاعل والشريك ، سنظهر ما طرأ عليها من اتجاه حديث .

ولا نجد بدأ - قبل بيان الاتجاه الحديث فى هذه النظرية - من أن نبين الأهمية العملية التى علقّت ولا تزال تعلق عليها فى الفقه التقليدى للقانون الجنائى .

فقد قلنا ان الشريك جعل له من حيث العقوبة حكم الفاعل وهذا ما عبر عنه القانون المصرى بقوله ان « من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها » .

وما دام الأمر كذلك ، فلماذا نشأت نظرية المساهمة الجنائية ، ولماذا أضنى الشراح أنفسهم ليضعوا معيار تفرقة بين الفاعل والشريك ؟ أليست عقوبتهما واحدة ؟ فلماذا كان اذن كل ذلك العناية فى اقامة فيصل للتفرقة بينهما ؟ وما هو الدافع الى وضع هذا الفصيل وما الحكمة فيه ؟

هذا هو السؤال الذى نبحث عن جواب له ، دون أن نجد له - كما سنرى جواباً شافياً .

وقد يقال فى الجواب على هذا السؤال ما يأتى :

(أولاً) ان القانون يجعل من تعدد المرتكبين للجريمة الواحدة ، ظرفاً مشدداً للعقوبة المستحقة عنها . ومعنى ذلك أن توقع على كل منهم

(١) . أنظر دوندين ص ٢١٠ - المرجع السابق ذكره ص ٢٥٨ ، وبتيول فى الموضع السالف ذكره من مؤلفه .

عقوبة أقسى من تلك المقررة للجريمة أصلاً لو ارتكبها شخص واحد منفرداً. والتعدد بهذا المعنى المشدد للعقوبة ، إنما يتحقق بأن يوجد مع الفاعل آخر له مثله صفة الفاعل ، لا أن يوجد معه مجرد شريك (١) .

وما دام التعدد يتطلب وجود فاعل مع فاعل لا شريك مع فاعل ، فإنه يلزم للبت في قيامه أو تخلفه ، تحديد صفة المساهم الذي كان له شأن في الجريمة مع الفاعل ، وما إذا كان يعد هو الآخر فاعلاً مثله فيكون التعدد متحققاً ، أم أنه يعد مجرد شريك فلا يتوافر بوجوده التعدد . وفي ذلك يتعين تطبيق فيصل التفرقة بين الفاعل والشريك .

فهنا وجه أول يمكن القول بأنه من وجوه الأهمية العملية لهذه التفرقة .
(ثانياً) ان الشريك وان كان الأصل أن يخضع لذات العقوبة المقررة للفاعل ، إلا أن هناك حالات يقرر القانون فيها للشريك عقوبة أخف من عقوبة الفاعل .

من هذا القبيل ما تنص عليه المادة ٢٣٥ من قانون العقوبات اذ تقرر أن المشتركين في القتل الذي يستوجب الحكم على فاعله بالاعدام ، يعاقبون بالاعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة .

فهذه المادة تجعل للقاضي في محاكمة الشريك عن قتل يستوجب عقاب الفاعل بالاعدام ، أن يختار للشريك بدلاً من الاعدام المقرر للفاعل ، عقوبة أخف هي الأشغال الشاقة المؤبدة .

وتجعل له كذلك اذا شاء تخفيف العقوبة الأصلية أخذاً بأسباب الرأفة ، أن يعمل حكم المادة ١٧ من قانون العقوبات لا في عقوبة الاعدام فيزال بها إلى أشغال شاقة مؤبدة أو مؤقتة ، وإنما في عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة فيزال بها إلى أشغال شاقة مؤقتة أو مجزئة .

(١) انظر الأحكام العامة في القانون العقوبات للأستاذ الدكتور السيد مصطفى السعيد

فيلزم لكى يستفيد منهم فى قتل بهذا التخفيف للعقوبة ، أن يثبت أنه لم يكن فى القتل فاعلاً وانما مجرد شريك ، وليس له إلى هذا الاثبات من سبيل سوى فيصل التفرقة بين الفاعل والشريك ومن ثم يبدو هنا وجه ثان يمكن القول بأنه من وجوه الأهمية العملية لهذه التفرقة .

(ثالثاً) ان الفاعل حين يوجد معه فاعل آخر مثله ، لا تؤثر الظروف الخاصة به على هذا الآخر ، ونعني بها الظروف التي تتوقف عليها العقوبة وجوداً وعلماً أو شدة وضعفاً ، فى حين أنه اذا وجد معه شريك لا فاعل ، فان الظروف الخاصة به تسرى أحياناً على هذا الشريك ، على ما سنبين حين نفصل أحكام القانون المصرى فى هذا الصدد .

وبناء على ذلك ، فانه فى مجال الظروف الخاصة بالفاعل ومدى سريانها على آخر ساهم معه ، يكون من الأهمية بمكان تحديد صفة هذا الآخر وهل هو فاعل أم شريك .

* * *

تلك هى الوجوه الثلاثة للأهمية العملية التى يمكن أن تعلق على التفرقة بين الفاعل والشريك .

غير أنه بامعان النظر فى هذه الوجوه ، يتبين أنها لا تبرر اقامة تفرقة ما بينهما .

فن الممكن أن ينعى كافة المساهمين فى الفعل الاجرامى الواحد بوصف واحد هو المساهمة فى جريمة ، دون حاجة الى تمييز من هو فاعل فيها ومن هو شريك . فما دام بكل منهم قد طرق سبيل الجريمة وأدلى فيها بذلوه ، فهو ضالع فيها مع من انضموا اليه فى هذا السبيل أو انضم اليهم .

فهم جميعاً مساهمون فى الجريمة فحسب .

وهم جميعاً مجرمون . فحسب ، بل يمكن اعتبارهم جميعاً فاعلين .

اما أن تقام تفرقة بين من يعتبر بينهم فاعلا وبين من يعتبر شريكاً ، فأمر لا حاجة اليه على الرغم من وجوه الأهمية التي علفت عليه ، لأنه من الممكن أن تتحقق الأهداف العملية المنشودة من هذه الوجوه ، بغير ما ضرورة لتلك التفرقة .

وبين ذلك من معالجة الوجوه الثلاثة المذكورة واحداً فواحداً .

عن الوجه الأول

قيل ان التعدد لا يتوافر الا اذا وجد مع الفاعل مساهم يعتبر هو الآخر فاعلا ، ولا يكفي أن يكون هذا المساهم مجرد شريك .

غير أننا لا نجد ضرورة - في سبيل توافر التعدد كظرف مشدد - لأن نشترط فيمن ساهم مع الفاعل أن يكون هو الآخر فاعلا . ونرى أن التعدد كسبب لتشديد العقوبة ، من الممكن القول بتوافره أيا كانت صفة الشخص الذي ساهم مع الفاعل ، وسواء أكان هذا الشخص فاعلا مثله أم مجرد شريك .

فيمكن القول - وهذا صحيح - بأن الحكمة من تشديد العقوبة في حالة وجود فاعل مع فاعل ، هي أن تعدد الأيادي المنفذة للجريمة ، يجعل حلوث الجريمة أقرب إلى اليقين مما لو كان ينفذها شخص واحد ، ويحيط عملية تنفيذها بضمان يكفل لها التحقيق ، لكون شخصين أو أكثر ، أقلر على تدليل عقبات التنفيذ من شخص واحد يتولى التنفيذ بمفرده . فالتأزر بين اثنين أو أكثر في تحقيق غرض ما ، يجعل هذا الغرض أكثر قابلية للنفاذ وأسرع تحقفاً مما لو نهض بتحقيقه شخص بمفرده . فلو أن كل منهما أو كل منهم ، يكلل حور الآخر في عملية تنجز الغرض ، إذ عبد الواحد يده ليأخذ بيد الآخر ، ويسد كل بمجهوده أى نقص في مجهود الآخر . ويتاح لها أو لهم قدرة على قهر مقاومة أى معترض يعوق طريق التنفيذ ، في حين أن هذه القدرة قد لا توافي منفذ الغرض ان كان بالتنفيذ منفرداً .

فلأن تنفيذ الجريمة على يد أكثر من فاعل ، يجعل وقوعها أكثر يقيناً من جهة وأوفر سرعة من جهة أخرى ، فقد جعل القانون من وجود فاعل مع فاعل ، سبباً لتشديد العقاب على الجريمة الحادثة منهما ، فينال عنها كل فاعل عقوبة أشد من تلك التي كان ينالها لو كان في تنفيذ الجريمة منفرداً .

والغريب أن القانون المصري لم يجعل من تعدد الفاعلين سبباً لتشديد العقوبة على كل الجرائم ، رغم أن الحكمة من هذا التشديد تجعل سريانه واجباً في كل جريمة تنفذ على يد أكثر من فاعل ، أيا كان نوع هذه الجريمة . فهذا القانون لم يجعل وجود فاعلين أو أكثر للجريمة ظرفاً مشدداً إلا في جرائم معينة منها السرقة (المواد ٢١٣ ، ٣١٥ ، ٣١٦ ، ٣١٧ ع) واتلاف أو نهب البضائع أو الأمتعة أو المحصولات من جماعة أو عصابة بالقوة الجبرية (م ٣٦٦) واتلاف المزروعات (م ٣٦٨) وانتهاك حرمة ملك الغير (م ٣٦٩/٢) .

غير أن هذه الحكمة التي اقتضت تشديد العقوبة في حالة وجود فاعل مع فاعل ، لما نظيرها كذلك حتى في حالة وجود شريك مع الفاعل .

فكما أن تعدد الأيدي المنفذة للجريمة يجعل نفاذها أقرب إلى اليقين وأوفر سرعة مما إذا أقدم على تحقيقها شخص منفرد ، فإن تعدد الأدمغة المدبرة للجريمة ينطوى على ذات القدر من الخطورة ، ولو كانت عملية التنفيذ معهوداً بها إلى فرد واحد .

تعدد الأدمغة اذن لا يقل خطورة عن تعدد الأيدي والموازرة المتويزة ليست في وقوع الجريمة أقل شأنًا من الموازنة المادية .

فالانفتاح بين شخصين على ارتكاب جريمة من شأنه أن يجعل كلا منهما أكثر أقداماً على تنفيذ النية الاجرامية مما لو كان منفرداً بها ، لأن في احساس كل منهما بالتلاقى الروحي مع آخر ، ما هو كفييل بأن يقطع دابر التردد الذي كان من المحتمل أن يصيب كليهما لو كان في عقد النية وحيداً .

وتحريض شخص على ارتكاب جريمة معناه إيجادية إجرامية حاسمة لديه بعد أن لم يكن لهذه النية وجود في نفسه أصلاً .

فبينما في الاتفاق يثاق شخصان على إرادة إجرامية مشتركة لم يكن انعقادها لدى أحدهما راجعاً الى فعل الآخر ، فانه في التحريض على العكس يرجع انعقاد الإرادة الإجرامية الحاسمة في نفس المحرض الى فعل المحرض بحيث أنه لولا هذا الفعل ما كانت تلك الإرادة تتولد أصلاً لدى من نشأت في نفسه أو لكانت تراود نفسه كرجبة لا يقر القرار على تنفيذها .

الاتفاق اذن تفاعل بين ارادتين. منعتين ، أما التحريض فهو العمل على انعقاد ارادة إجرامية لدى شخص لم يكن قد كونها بعد ، حتى أنه بدون ذلك العمل ما كانت تصح عليها نيته من تلقاء نفسه .

وسواء وقعت الجريمة بناء على اتفاق أو على تحريض ، فإن خطورة كل من هذين في عملية تنفيذها ، لا تقل شأنًا عن خطورة الوجود المادي ليد أخرى تنضم الى يد الجاني في هذا التنفيذ .

وكذلك الحال في الصورة الثالثة من صور الاشتراك ونعني بها المساعدة.

فمن يرسم الخريطة المكان المزمع ارتكاب الجريمة فيه ، ويبضره مخفياً هذا المكان ، والمعاونة هنا معنوية ، أو من يقدم له أداة التنفيذ في الجريمة كآلة كسر أو سلاح ، والمساعدة هنا مادية ، لا يقل سلوكه خطراً وفاعلية عن سلوك ذلك الذي ينضم الى الجاني في فترة التنفيذ ذاتها ليقتسم في هذه الفترة بالذات عملية التنفيذ .

بل لعل التبصير بخبايا المكان أو تقديم السلاح أشد خطراً في تيسير وقوع الجريمة ، من الانضمام الى الجاني لتنفيذها معه في ذات لحظة هذا التنفيذ .

وبناء على ذلك ، فإنه لا يوجد لا في منطق الواقع ولا في منطق القانون ثمة حائل يجمع بين اعتبار التعدد قائماً حين يوجد مع الفاعل شريك ، فلتحدد

العقوبة على كل منهما لذات الحكمة التي تقتضي التشديد حين يوجد مع الفاعل فاعل مثله .

وشد أزر الجاني بأى أسلوب يشتد به ساعده ، معنوياً كان هذا الأسلوب أو مادياً ، يحيط وقوع الجريمة بضمان لا وجود له حين تقع على يد شخص منفرد وتنحصر في هذا الشخص بواعها ومقدماتها .

ولأن التآزر بين أكثر من شخص في المقاصد الاجرامية يكفل لهذه المقاصد نفاذاً ويجعلها أدنى الى التحقيق العملي مما لو كانت تساور شخصاً فرداً بدون مؤازرة له من أحد ، فقد اقتضت السياسة الجنائية أن يجعل ذلك التآزر ظرفاً مشدداً لعقوبة الجريمة اذا ما كان له في وقوع هذه الجريمة دور .

وهذه الحكمة من التشديد تتوافر بمجرد أن يكون وقوع الجريمة راجعاً الى نشاط أكثر من شخص واحد ، أيا كان وقت نشاط كل ، وأيا كان مكان هذا النشاط ، وأيا كانت صورته ، ما دام له في تسبب الجريمة نصيب سواء على نحو مادي أو على نحو معنوي .

وقد بدأ القضاء الفرنسى من زمن بعينه يسير في ذلك الاتجاه ، وإن كان لم يساير فيه منطق التشديد الى نهاية مداه .

وأية ذلك ، ما قرره محكمة النقض الفرنسية في تفسير المادة ٣٨١ من قانون العقوبات الفرنسى وهي تنص على أن عقوبة السرقة تشدد اذا ارتكب السرقة شخصان فأكثر . (وتقابل المادة ٣١٧ من قانون العقوبات المصرى) .

فقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن التعدد كظرف مشدد يلزم لتوافره أن يوجد مع الفاعل لا مجرد شريك وإنما فاعل آخر (١) .

(١) جارسون - الجزء الأول - في التعليق على المادة ٦٠ ع . ف . فقرة ٤٠ من ٦٥٧

غير أنها أدركت أن التزام هذا الشرط من شأنه أن يفلت عملاً من العقوبة المشددة من كان في الواقع حقيقياً بها ، فتوسعت في معنى الفاعل حتى شمل من كان في الأصل شريكاً (١) ، واعتبرت فاعلاً في السرقة من يقتصر على التربص في مكان تنفيذها حتى يفرغ فاعلها من هذا التنفيذ وكذلك من يساعد السارق في الأعمال المعاصرة للسرقة والمتممة لها والتي لا تدخل في الفعل التنفيذي المكون لها ، وقضت بأن عقوبة السرقة تشدد على الحالين باعتبار أن السرقة وقعت من فاعلين لا من فاعل ومحض شريك (٢) . وعند هذا الحد وقفت محكمة النقض الفرنسية .

فهى لا تعتبر التعدد قائماً إلا حين يوجد مع السارق من يساعده في تنفيذ السرقة مساعدة معاصرة لهذا التنفيذ ، فيعتبر بهذه المساعدة مشتركاً معه في صفة الفاعل كذلك .

أما من يساعد السارق مساعدة سابقة على تنفيذ السرقة ، أو من يقتصر على الاتفاق معه أو تحريضه عليها ، فلا يكفي وجوده لتحقيق معنى التعدد المشدد للعقاب .

وفي هذا يتفق جارسون مع محكمة النقض الفرنسية . فهو لا يرى للتشديد داعياً إلا إذا وجد مع السارق بمساعد معاصر لتنفيذ السرقة .

غاية الأمر ، يختلف معها في أنه لا يرى نعت هذا المساعد بوصف الفاعل . فيذهب جارسون إلى إبقاء صفة الشريك لصيقة به حسب الأصل ، واعتبار الظرف المشدد قائماً بوجوده ، على اعتبار أن المادة ٣٨١ التي شددت العقوبة حاملقة ارتكاب السرقة من شخصين أو أكثر ، إنما تسمح صياغتها بأن يعتبر من قبيل هذين الشخصين فاعل يوجد معه مساعد معاصر ، ولا تستلزم هذه الصياغة بالضرورة أن يوجد مع الفاعل من هو فاعل مثله (٣) .

(١) جارو - الجزء الثالث - فقرة ٩٣٢ - فيدال ومانويل الجزء الأول فقرة ٤٠٧ ، ٤٢٠

(٢) جارسون المرجع السابق في الموضع السالف فقرة ٤١ ، ٤٢

(٣) جارسون - الموضع السابق فقرة ٤٧

أما إذا وجد مع الفاعل مساعد غير معاصر ، بأن قدم له مساعدة سابقة على لحظة التنفيذ ذاتها ، فإن القول بقيام التعدد على أساس وجوده ، لا يتفق مع صياغة النص في اشتراطها أن ترتكب السرقة من شخصين على الأقل ، ومن ثم فتشديد العقوبة على أساس أن وجوده يحقق التعدد ، يكون فيه معنى تحميل صياغة النص بأكثر مما تحتمل .

ذلك هو الحد الذى وقف عنده كل من الفقه والقضاء الفرنسيين . والوقوف عنده - على ما رأينا - لا يتفق مع الحكمة في تشديد العقوبة على التعدد ، لأن هذه الحكمة قائمة سواء أكان من وجد مع الفاعل فاعلا مثله أو كان مساعدا ، وسواء أكانت المساعدة سابقة أو معاصرة ، بل وحتى لو وجد مع الفاعل مجرد متفق أو محرض .

وما قصر القضاء والفقه الفرنسيان عن تحقيقه ، قد حققه القانون الإيطالى .

فبعد أن كانت المادة ٤٠٤ من القانون الإيطالى القديم تشترط لتشديد عقوبة السرقة بسبب التعدد ، أن تقع السرقة بين ثلاثة أشخاص أو أكثر مجتمعين ، صيغت المادة ٦٢٥ من القانون الحالى صياغة مختلفة إذ أزيلت منها كلمة « مجتمعين » ، بقصد أن يقرر تشديد العقوبة لمجرد أن أكثر من شخص ساهم في السرقة ، ولو لم يجتمع المساهم مع السارق في وقت تنفيذها ، وبالتالي لكى توقع عقوبة السرقة مشددة حتى إذا كان من تداخل في السرقة مع السارق هو مجرد متفق أو محرض (١) .

وجاء في تقرير رئيس اللجنة الوزارية التى أعدت القانون أن سبب تشديد العقوبة عند تعدد المساهمين ، هو أن وجود قوى متضافرة في الجريمة يضاعف فاعلية النشاط الاجرامى ويقلل من القدرة على مقاومته ، الأمر الذى يتحقق حتى إذا كان منظمو الجريمة أى أصحاب العقول المذبرة للفعل الاجرامى ، بعيدين عن مسرح التنفيذ (٢) .

(١) "Dritto Penale Italiano" Manzoni الجزء التاسع - طبعة ١٩٥٢ - ص ٢٤٦ ، ص ٢٤٥ الجنائي الإيطالى .

(٢) تراجع من ٥٣٤ من التقرير .

وتطبيقاً لحكم المادة المذكورة ، وهي لا تختلف في صياغتها الحالية عن نظيرتها في القانونين المصري والفرنسي ، قضت محكمة النقض الإيطالية بأن عدد الأشخاص الذين تشدد العقوبة بتوافرهم ، يدخل في تكوينه المساهمون في الجريمة بأفكارهم (١) ، وكذلك الخرض الغائب عن مكان تنفيذها (٢) ، ومن رسم خطها أو دل على مكانها (٣) .

بل إن التعدد كظرف مشدد يتوافر بتواجد أكثر من سارق واحد في مكان ما بدون تفاهم سابق بينهم على السرقة من هذا المكان ، متى تحقق بينهم الاتفاق على السرقة منه فور تلاقيهم فيه واحساس كل منهم بوجود الآخر معه ، وانصراف ارادته في تلك اللحظة بالذات الى ما يتطابق مع ارادة هذا الآخر ، ولو لم يتعقد بينهم قرار مشترك حول توزيع حصيلة السرقة فيما بينهم .

فكما أن الاتفاق بين أكثر من شخص على الجريمة يتحقق قبل تنفيذها فإنه قد لا يتوافر الا أثناء هذا التنفيذ ، ومع ذلك يعتبر رباطاً كافياً في نعت الجريمة المنفذة بأنها واحدة على الرغم من تعدد المنفذين ، وفي اعتبار تعددهم ظرفاً مشدداً للعقوبة عنها .

ولا يتصور أن يطرأ اتفاق على الجريمة بعد البدء في تنفيذها من جانب شخص ما ، الا اذا كان هذا التنفيذ لم ينته بعد . فيكفي أن يقدم آخر قبل نهاية التنفيذ ليساهم فيه بقسط مع من سبقه اليه كي نتصور قيام رابطة ذهنية معنوية بينهما تحقق الاتفاق على ذات الجريمة الجارية تنفيذها .

فحق في هذه الحالة ، وعلى الرغم من تخلف التفاهم السابق ، يكفي الاتفاق الطارئ في لحظة التنفيذ بالذات ، للقول بوجود تعدد في المساهمين تشدد على كل منهم عقوبة الجريمة (٤) .

(١) نقض ايطاليا ١٦ يوليو ١٩٣٧ (مجلة المائدة الجنائية ١٩٣٨ ، عدد ٢ ، ١٢٤) .

(٢) نقض ايطاليا ٣٠ ديسمبر ١٩٣٦ - المجلة السابقة ١٩٣٧ عدد ٢ ، ١٤٤٤ .

(٣) نقض ايطاليا ١٤ يوليو ١٩٣٣ - المجلة السابقة ١٩٣٤ عدد ٢ ، ٣٣١) .

(٤) ماتسيني المرجع السابق في الموضع السالف ص ٢٤٧ ، ص ٢٤٨ .

وفي هذه الخصوصية بالذات ، يتفق الفقه الفرنسي مع الفقه الايطالى
فيرى جازرو أن ارتكاب السرقة من رعاى فى نفس الوقت ، يحقق فيها
التعدد كظرف مشدد للعقوبة (١) .

على أن ما يعيننا فى كل ما تقدم ، هو أن التعدد حسب الحكمة التى جعل
بسيها ظرفاً مشدداً للعقاب ، يتوافر سواء وجد مع الفاعل آخر مثله أو وجد
معه مجرد شريك ، أيا كانت صورة الاشتراك . وهذا هو المنطق الذى تمشى
معه القانون الايطالى الى النهاية ، والذى تنهار بسببه أول دعامة أقيمت عليها
أهمية التفرقة بين الفاعل والشريك .

غن الوجه الثانى

قلنا ان القانون يجعل للشريك فى بعض الأحيان عقوبة أخف من عقوبة
الفاعل كما فعل قانوننا المصرى فى صدد المشتركين فى القتل المستوجب
عقوبة فاعله بالاعدام ، اذ قرر لهم بمقتضى المادة ٢٣٥ عقوبة الاعدام
أو الأشغال الشاقة المؤبدة .

وقد يكون هذا مبرراً للتفرقة بين الفاعل والشريك ، أى لا بد للاستفادة
من تخفيف العقوبة أن يكون المساهم شريكاً لا فاعلاً ، وأن يثبت قيام
هذه الصفة فيه .

غير أن التفرقة بين الفاعل والشريك فى سبيل الاستفاضة بالتخفيف ،
يكون لها مبررها فى هذا الصدد ، لا لأنها فى ذاتها لازمة من ناحية المنطق
القانونى والسياسة الجنائية ، وانما لأن القانون قد أقامها وقررها بصفة عامة
ثم التزمها وجرى على نهجها فى ذلك المجال الخاص .

(١) جازرو - جزء ٦ - ص ٢٣٣ - ويفهم من حكم محكمة النقض المصرية أنها ليست
من هذا الزاى نقض ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ (مجموعة النقض ١ رقم ٢٩ ص ٥٦) - أنظر مؤلف
الأستاذ الدكتور محمد مصطفى القلى « شرح قانون العقوبات فى جرائم الأموال » ص ٧٩ ، ص ٨٠

فقد كان يمكن أن يصل القانون الى ذات الهدف الذى ابتغاه بالمادة ٢٣٥ بأن يقرر عن جريمة القتل عقوبة مخففة لصالح من كان له فى هذه الجريمة دور ثانوى دون حاجة الى تسمية صاحب هذا الدور شريكاً .

والحق أن اطلاق اسم الشريك على من يستفيد بالتخفيف طبقاً لتلك المادة مؤداه أن ينتفع بالتخفيف حتى من كان غير جدير به ، وذلك لمجرد أنه شريك ، وحتى لو كان له فى القتل دور رئيسى لا ثانوى .

فليس بلام أن يكون دور الشريك ثانوياً .

فقد يكون له فى الجريمة دور رئيسى يتنافى مع استحقاقه التخفيف المقرر قانوناً لصالحه .

ويكفى للتدليل على ذلك ، أن نسوق على سبيل المثال حالة من يؤجر فى سبيل القتل سفاحاً مرتزقاً Sicaire فهو يقتصر على تقديم الأجرة الى الأجير السفاح ، وأما تنفيذ القتل فلا يجرى على يديه هو وإنما على يد هذا الأجير .

فقدّم المال فى هذا المثال ، معرض بصدق عليه وذهب الشريك ومقتضى تقرير التخفيف لصالح كل شريك ، أن ينال عقوبة أخف من عقوبة السفاح الأجير ، لأنه الشريك فى حين أن هذا السفاح هو الفاعل ، مع أنه لولا ما قدمه من مال الى هذا الأجير ما كان يقع القتل ، وعلى الرغم من أن دوره فى القتل كان بالتبعية دوراً رئيسياً .

واذن فالمادة ٢٣٥ من قانون العقوبات معيبة فى صياغتها وبالتالي فى الحكم الذى تضمنته هذه الصياغة .

وصياغتها معيبة لأنها تجرى على نهج معيب هو التفرقة بين من يسمى بالفاعل وبين من يسمى بالشريك .

وقد كان الأجلى أن تستغنى عن معيار الشريك والفاعل وأن تضع للعقوبة شدة وضعفاً ، معياراً آخر هو معيار الصفة الرئيسية أو الثانوية في الدور الذى أداه المساهم .

وليس أقطع في الدلالة على صواب هذا النظر ، من أن القانون نفسه جعل للشريك في مواضع أخرى منه عقوبة أشد لا أخف من عقوبة الفاعل على اعتبار أن له دوراً رئيسياً اقتضى تشديد عقوبته ، بل تطلب أن تكون أكثر من عقوبة الفاعل شدة .

هذا ما فعله القانون حين حدد في المواد ١٢٤ ، ١٢٤ (١) ، ٣٧٤ عقوبة من يجرى الموظفين والمستخدمين العموميين والأجراء الذين يقومون بخدمة عامة ، على الامتناع عن أداء وظائفهم ، اذ جعلها ضعف عقوبة هؤلاء أنفسهم .

وهذا ما فعله كذلك في المواد ١٣٨ ، ١٤٠ ، ١٤٢ حين جعل عقوبة من يساعد مقبوضاً عليه على الهرب أشد من عقوبة الهارب نفسه .

أليس هذا دليلاً على أن العبرة في تحديد درجة العقوبة شدة وضعفاً ليست بكون المساهم في الجريمة فاعلاً أو شريكاً ، وإنما هي بكون الدور الذى يؤديه رئيسياً أو ثانوياً ؟

لا شك في أن ذلك هو المعيار الحقيقي ، وفي أن هذا المعيار هو الواجب ارساؤه قانوناً عوضاً عن التفرقة بين الفاعل والشريك ، على ما سيبين فيما سياتى .

يضاف الى ذلك ، أن القانون نفسه رغم تفرقه بين الفاعل والشريك ، قرر في المادة ٤١ منه قاعدة عامة هي التسوية بينهما أصلاً في العقوبة ، اذ نص في هذه المادة على أن من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها ، الا ما استثنى قانوناً بنص خاص .

.. فالشريك في نظر القانون اذن ، يأخذ حكم الفاعل في العقوبة المستحقة عن الجريمة المرتكبة ، الا حيث يجعل له القانون عقوبة مغايرة .

ولم يتبق بعد هذا غير قليل في سبيل القول بأن الشريك في حقيقة فاعل ، والواقع أنه كذلك فعلا .

فكل من يساهم في الجريمة فاعل فيها أيا كانت مساهمته ، ومن أجل ذلك يستحق العقوبة المقررة لها ، ما لم يكن له فيها دور رئيسي يستدعي تشديداً أو دور ثانوي يتطلب تخفيفاً .

والصفة الرئيسية أو الثانوية في دور المساهم ، هي التي قصدها القانون حين أردف ديباجة المادة ٤١ في تسويتها بين الفاعل والشريك من حيث العقاب بعبارة « الا ما استثنى قانوناً بنص خاص » .

ومن ذلك يتضح أنه في سبيل تحديد العقوبة التي يستحقها المساهم في الجريمة لا نجدى التفرقة بين الفاعل والشريك ، وإنما الأجدى في ذلك الاستغناء عن هذه التفرقة بمعيار آخر .

هذا المعيار الآخر هو الصفة الرئيسية أو الثانوية في الدور الذي أداه المساهم .

ومنهج تحديد هذه الصفة اما أن يتولاها القانون ولما أن تترك الى السلطة التقديرية للقاضي حين يحدد للمتهم في الجريمة عقوبته عنها بين الحدين الأدنى والأقصى المقررين أصلاً لهذه العقوبة ، وحسب ظروف الواقعة المعروضة عليه ودور كل مساهم فيها .

وبذا تنهار الدعامة الثانية التي أراد أنصتار التفرقة بين الفاعل والشريك أن يقيموا عليها أهمية هذه التفرقة .

عن الوجه الثالث :

قبل ان الظروف الخاصة بالفاعل لا تسرى أحياناً على الشريك
وان هذا يجعل للفرقة بين الفاعل والشريك أهمية عملية .

ولكن التفرقة بينهما لا مبرر لها حتى من هذه الناحية وهو ما سيبين
الآن من كلامنا عن الظروف المحيطة بارتكاب الجريمة .

: هذه الظروف تجزى قانون العقوبات المصرى على تقسيمها الى فئات
أربعة ورد ذكرها صراحة فى نص المادة ٣٩ الخاصة بوجود فاعل مع فاعل
ونص المادة ٤١ الخاصة بوجود شريك مع فاعل .

هذه الفئات الأربعة كما عبر عنها القانون فى هاتين المادتين ، هى الأحوال
الخاصة بالفاعل التى تقتضى تغيير وصف الجريمة ، والأحوال الخاصة
بالفاعل التى تقتضى تغيير العقوبة ، والأحوال التى تغير الوصف باعتبار
قصد مرتكب الجريمة ، والأحوال التى تغيره باعتبار كيفية علمه بها .

وان كان قد ورد ذكرها جميعها فى المادة ٣٩ ، إلا أن المادة ٤١ ،
ذكرت منها ثلاثة ، وسكتت عن ذكر احداها . وهى فئة الأحوال الخاصة
بالفاعل التى تقتضى تغيير العقوبة . هذه الأحوال جاء ذكرها فى المادة ٣٩
الخاصة بوجود فاعل مع فاعل وانما أغفلتها المادة ٤١ الخاصة بوجود شريك
مع فاعل .

وأضاف الشراح الى هذه الفئات الأربعة من الظروف فئة لم يرد لها
فى نص المادتين ذكر صريح ، وانما استخلصوا وجودها بمفهوم المخالفة
من هذا النص . ذلك لأنه اذ تتناول المادتان الأحوال الخاصة بالفاعل سواء
اقتضت تغيير وصف الجريمة أو تغيير العقوبة أو تعلقت بقصدنه أو بكيفية
علمه ، يستفاد منها بمفهوم المخالفة وجود أحوال خاصة لا بالفاعل انما بالفعل .

هذه الأحوال الخاصة بالفعل سماها الشراح بالظروف المادية أو العينية (١) تمييزاً لها عن الفئات الأربعة المذكورة الواردة في نص المادتين صراحة ، والتي سميت بالظروف الشخصية تبعاً لكونها - كما هو واضح - متعلقة كلها بشخص الفاعل ، لا بالفعل .

والآن نتكلم عن الظروف الشخصية ثم عن الظروف العينية .

أما عن الظروف الشخصية فهناك فئات ثلاثة منها لا تختلف فيها حكم المادة ٣٩ عن حكم المادة ٤١ ، بمعنى أنها اذا توافرت في الفاعل ، فإن أثرها لا يمتد الى مساهم غيره سواء أكان هذا المساهم فاعلاً أو كان شريكاً ، لأن هذا ما تقرره المادة ٣٩ حالة كون من يوجد مع الفاعل فاعلاً ، وهو ما تقرره كذلك المادة ٤١ حالة كون من يوجد مع الفاعل شريكاً .

ونعني بهذه الفئات الثلاثة من الظروف الشخصية التي لا يمتد أثرها الى غير من توافرت به ، الأحوال التي تقتضي تغيير العقوبة ، والأحوال المتعلقة بالقصد ، والأحوال المتعلقة بكيفية العلم .

فالأحوال التي تقتضي تغيير العقوبة مثالها حدائة السن والعود . فاذا كان الفاعل حدثاً صغيراً وكان معه فاعل آخر من الكبار ، أو كان الشريك معه كبيراً ، فإن هذا المجرم الكبير الضالع مع الحدث ، فاعلاً كان أم شريكاً لا يمكن أن يخفف له عقوبته لسبب غير قائم فيه وإنما في الآخر وحده ، ونعني بهذا السبب حدائة السن . وبالمثل ، لو أن الفاعل كان قديم العهد بالجرام وله فيه باع طويل ، وساهم معه في جريمته مجرم مبتدئ سواء أكان بهذه المساهمة فاعلاً معه أم محض شريك ، فإنه لا يسوغ أن تشدد العقوبة على هذا المبتدئ لسبب ليس قائماً فيه وإنما في الآخر وحده ، ونعني بهذا السبب العود الى الاجرام .

(١) انظر الأحكام العامة في قانون العقوبات للأستاذ الدكتور السيد مصطفى السيد - طبعة ١٩٥٧ ، ص ٣٠٧ - وشرح قانون العقوبات للأستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى - طبعة ١٩٥٥ ، ص ٢٥٠ .

هذا هو حكم المادة ٣٩ في حالة وجود فاعل مع الفاعل . وقد ذكرته هذه المادة صراحة . وهو كذلك حكم المادة ٤١ في حالة وجود شريك مع الفاعل ، وهي لم تذكر هذا الحكم صراحة لأنها لو كررته بعد ما جاء في المادة ٣٩ لكان ذكره فيها من التوافل .

والأحوال المتعلقة بالقصد وكيفية العلم لها هي الأخرى ذات الحكم سواء في المادة ٣٩ أو في المادة ٤١ ، فلا يمتد أثرها من الفاعل ، لا الى فاعل آخر معه ، ولا الى شريك . أثرها اذن قاصر على من توافرت فيه .

مثال الأحوال المتعلقة بالقصد أن يضرب زيد وعمرو بكرًا ، وفي أثناء الضرب أو قبله تصح نية عمرو على قتل بكر بينما يلتزم زيد نية ضربه فقط ، فيضربه عمرو ضربة قاتلة تقضى عليه . هذا مثال لقتل وجد فيه مع الفاعل فاعل آخر . غير أن القاتل عمرو توافر لديه قصد ازهاق روح بكر بينما كان هذا القصد متخلفاً لدى زيد المساهم معه في ضرب بكر ، ومن ثم يؤاخذ عمرو عن قتل بينما لا يؤاخذ زيد الا عن ضرب .

ومن قبيل الأحوال المتعلقة بكيفية العلم ، أن يخفى زيد وعمرو ملابس مملوكة لبكر بأن يحوز كل منهما جانباً منها في منزله ، ويعلم عمرو أنها متحصلة من سرقة وقعت على بكر بالاكراه ، في حين أن زيدا تجهل هذا الظرف ويظن الملابس متحصلة من سرقة عادية . فهنا يوجد في الاخفاء فاعلان لا فاعل واحد ، ومع ذلك يعاقب أحدهما وهو عمرو بعقوبة جنائية السرقة لأنه مأخوذ بعلمه الشخصي ، في حين أن زيدا لا ينال عن الاخفاء سوى عقوبة الجنحة تبعاً لتخلف ذلك العلم لديه (م ٤٤ ع بالاضافة الى المادة ٣٩) .

وما يصدق على العلاقة بين فاعل وفاعل ، يسرى كذلك على العلاقة بين فاعل وشريك .

فلو أن زيدا حرض عمرو على ضرب بكر مساساً بسلامة جسمه فحسب فنفذ عمرو بهذه الجريمة المحرض عليها ، غير أنه طرأت لديه وهو يضرب

بكرآنية. ازهاق روحه فقتله . فان زيدا كشريرك بالتجريض لا يسأل
الا عن اشترك في ضرب (أو على أسوأ الفروض في ضرب أفضى الى موت)
وأما القتل العمد. فلا يسأل عنه سوى عمرو .

ولو أن زيدا آجر منزله الى عمرو علماً بأن هذا الأخير سيستخدمه
في تخزين المسروقات ، ثم جاء عمرو الى المنزل المؤجر بغنيمة من جنابة سطو
في الطريق العام حدثت بعلمه. هو وبدون علم من زيدا، فان زيدا يعتبر
شريكاً بالمساعدة في اخفاء يعاقب على ذلك بعقوبة الجنحة ، في حين
أن عمرو فاعل الاخفاء يعاقب عليه بعقوبة جنابة السطو لعلمه بأن هذه الجنابة
مصدرة الأشياء موضوع الحيازة .

وهذا ما عنته المادة ٤١ في صدد الشريك مع الفاعل ، أسوة بما قررته
المادة ٣٩ في صدد الفاعل مع الفاعل ، حين نصت في فقرتها « ثانياً »
على أنه « اذا تغير وصف الجريمة نظراً الى قصد الفاعل منها أو كيفية علمه
بها ، يعاقب الشريك بالعقوبة التي يستحقها لو كان قصد الفاعل من الجريمة
أو علمه بها كقصد الشريك منها أو علمه » .

لم تبق من الظروف الشخصية سوى الفئة الرابعة وهي فئة الأحوال
الخاصة بالفاعل والتي تقتضي تغيير وصف الجريمة .

وهذه هي الفئة الوحيدة التي جاء نص المادة ٤١ فيها مختلفاً عن نص
المادة ٣٩ .

فالمادة ٤١ نصت على أنه « لا تأثير على الشريك من الأحوال الخاصة
بالفاعل التي تقتضي تغيير وصف الجريمة اذا كان الشريك غير عالم بتلك
الأحوال » .

ويستفاد منها أنه اذا كان الشريك عالماً بالأحوال الخاصة بالفاعل
التي تقتضي تغيير وصف الجريمة ، فان هذه الأحوال تؤثر عليه .

هذا ما قرره المادة ٤١ في فقرتها الأولى ، وفيما يتعلق بالصلة بين الفاعل والشريك .

أما المادة ٣٩ وهي تحكم الصلة بين الفاعل والفاعل فقد قررت حكماً مغايراً اذ نصت على أنه « ومع ذلك اذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضى تغيير وصف الجريمة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها الى غيره » .

ومعنى ذلك أن أثر هذه الأحوال لا يتعدى من فاعل الى آخر حتى اذا كان هذا الفاعل الآخر عالماً بها ، مع أنه لو كان شريكاً ، لكان أثرها في حالة العلم يمتد اليه ، على ما قرره المادة ٤١

فلو أن زيداً ارتكب سرقة من منزل مخلومه ، وكان معه في هذه السرقة فاعل آخر هو عمرو اختلس معه من أموال المخلوم ، فان عمرو لا ينطبق على سرقته الوصف الخاص بسرقة الخادم ولا تشدد عليه العقوبة لأنه ليس خادماً في المكان المسروق ، في حين أن زميله زيداً يصلق على سرقته هذا الوصف وتشدد عليه العقوبة . أما اذا اقتصر عمرو على مساعدة زيد بأداة أو آلة استخدما هذا في السرقة ، أو لم يتعد الاتفاق معه على السرقة أو مجرد تحريضه عليها ، فانه متى كان عالماً بصفة زيد كخادم في المكان المسروق ، يستحق عن الاشتراك في السرقة ذات العقوبة المشددة على الفاعل بسبب صفة الخادم ، مع أنه حين يكون فاعلاً مع هذا الفاعل لا مجرد شريك ، لا يستحق العقوبة المشددة بسبب تلك الصفة ولو كان عالماً بها . وبذا يكون مصيره كشريك اقتصر على الاعداد للسرقة أو على مجرد الاتفاق أو التحريض عليها ، أسوأ من مصيره حين تمتد يده الى المال باختلاس ويكون في السرقة فاعلاً .

ولغرابة هذه النتيجة ، رأى بعض الشراح المصريين ^(١) الأخذ بالرأى السائد في الفقه الفرنسي ومفاده أن الفاعل مع غيره يعد في الوقت ذاته

(١) المراجع ص ٥٧ .

شريكاً لهذا الغير ، لأن : الأكثر يحمل في طبيعته الأقل ، وبالتالي فإن الأحوال الخاصة بكل منهما تسرى على الآخر ان كان هذا عالماً بها (١) .

على أن الأخذ بهذا الرأي وان كان يزيل الشكوك السابق ذكره ، إلا أنه يتعارض مع صريح نص المادة ٣٩ من قانون العقوبات وهو يمنع سريان الظرف الخاص بأحد الفاعلين على فاعل آخر منعاً عاماً مطلقاً ، أى حتى لو كان هذا الآخر يعلم بالظرف (٢) .

وأياً كان الأمر في تفسير هذه الناحية من القانون الكائن ، فإن ما أثارته لدى الشراح من استغراب ، له دلالة ومغزاه ، من وجهة نظر القانون الواجب أن يكون . ذلك لأنه ما من شك في أن الأحوال الخاصة بالفاعل يجب أن يكون أثرها على المساهم الآخر معه واحداً لا يتغير سواء أكان هذا المساهم فاعلاً مثله أم شريكاً .

فاما أن يكون الأصل فيها أن تسرى على غير من توافرت فيه بشرط أن يكون هذا الغير عالماً بها - وهذا ما أوصى به المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات (٣) - وأما ألا تسرى مطلقاً على غير من تحققت به .

وفي الحالتين ، أى سواء سرت على غير من توافرت به وإنما بشرط ، أو لم تسر مطلقاً على غيره ، فإن القاعدة يلزم أن تكون واحدة لا تختلف باختلاف صفة هذا الغير ، ويستوى فيها أن يكون فاعلاً أو أن يكون شريكاً .

ومتى كان الأمر كذلك في صدد الظروف الشخصية التي تقتضي تغيير وصف الجريمة ، أى كان الواجب من ناحية المنطق القانوني أن يكون أثرها على المساهم الآخر واحداً ، سواء أكان هذا المساهم فاعلاً أم شريكاً ،

(١) جارسون رقم ٦٩ وما بعده .

(٢) أنظر المرجعين السابق ذكرهما للإستاذين الدكتور السيد مصطفى والدكتور محمود مصطفى ص ٣١٨ ، ص ٣١٩ في الأول ، ص ٣٥١ في الثاني .

(٣) أنظر توصيات المؤتمر وهي منشورة في مقال الأستاذ الدكتور محمود مصطفى عن فكرة الفاعل والشريك في الجريمة بالجلية الجنائية القومية عدد مارس ١٩٥٨ - ص ٢٢ وما بعدها .

وكان المقرر حالياً وفعلاً في القانون الكائن هو. عدم سريان الظروف الشخصية المعدلة للعقوبة والمتعلقة بالقصد وبكيفية العلم على غير من توافرت به ، فاعلاً كان هذا الغير أو شريكاً ، فانه ينبغي على ذلك عدم بقاء أى محل للفرقة بين من هو من المساهمين فاعل ومن هو شريك .

وهذا الذى اتضح من الكلام على الظروف الشخصية ، يستبين كذلك من علاجنا للظروف العينية أو المادية .

فهذه الظروف تتعلق كما قلنا بمادة الفعل لا بشخص الفاعل مثل ظرف الليل والكسر وحمل السلاح والاكره في السرقة .

وقد أجمع الشراح في تفسيرهم لنص المادتين ٣٩ ، ٤١ ، على أن هذه الظروف متى توافرت ، تسرى على كل مساهم في الفعل ، فاعلاً كان أم شريكاً ، علم بها أم لم يعلم .

ويستقون هذه القاعدة من المادتين المذكورتين وما يستفاد منهما بمفهوم المخالفة ، لأنهما وقد استبعدتا تأثير الظروف الشخصية الخاصة بالفاعل على مساهم آخر غيره ، دللتا بذلك على أن غيرها من الظروف يؤثر ، بمعنى أن الظروف المادية أو العينية ، تمتد على العكس أثرها من الفاعل الى كل مساهم معه في الفعل أياً كانت صفتهم . وقرروا أن الحكمة من ذلك ، هي أن تلك الظروف بحكم اتصالها بالفعل تعتبر جزءاً من الجريمة وتدخل في المخاطر التي ارتضى المساهمون في الجريمة تحملها (١) .

ذلك حكم القانون المصرى في الظروف المادية أو العينية .

والمؤتمر الدولى السابع لقانون العقوبات ، أوصى بما يخالف هذا الحكم اذ تطلب حتى في الظروف المادية أو العينية ، أن يكون المساهم مع الفاعل

(١) أنظر مؤلف الأستاذ الدكتور السنية مصطفى ص ٢٨٢ ، ص ٣٠٧ ، ومؤلف الأستاذ

الدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٣ ، ص ٢٥٠

عالمًا بها في سبيل أن تسرى عليه ، سواء أكان هذا المساهم فاعلا هو الآخر أم شريكاً .

فإنما القانون المصري يقضى بامتداد أثر تلك الظروف من الفاعل إلى كافة المساهمين بدون قيد أو شرط ، فإن المؤتمر الدولي السابع للقانون الجنائي يوصى بعدم انسحاب أثرها الأعلى من يعلم بها .

وكل من المبدئين ، المبدأ المعمول به ، والمبدأ الموصى به ، لا يقيم من حيث حكم الظروف المادية أية تفرقة بينها صفة المساهم .

فسواء سرت تلك الظروف عملاً بالمبدأ الأول ، أو لم تسر إلا في حالة العلم بها عملاً بالمبدأ الثاني ، فإنه يستوى فيمن تسرى عليه أن يكون فاعلاً أو شريكاً .

ومن ثم تفقد التفرقة بين الفاعل والشريك الأهمية العملية لها ، من ناحية الظروف المادية أو العينية .

وما قلناه في صدد ظروف الجريمة شخصية كانت أم مادية ، له نظيره كذلك فيما يتعلق بأسباب الإباحة الخاصة وانتفاء القصد الجنائي وموانع المسؤولية العقابية ، وأسباب الإعفاء من المسؤولية .

فتنص المادة ٤٢ على أنه وإذا كان فاعل الجريمة غير معاقب لسبب من أسباب الإباحة أو لعدم وجود القصد الجنائي أو لأحوال أخرى خاصة به ، وجب مع ذلك معاقبة الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانوناً .

ومقتضى هذه المادة أن توافر سبب من أسباب الإباحة خاص بالفاعل ، لا يمنع من عقاب الشريك رغم رفعه عقوبة الفاعل .

فلو أن زيدا أوغرو صدر بكر ضد ابنه الصبي خالد ، ذاكرًا له عن خالد أمورًا لم يتحدث في سبيل أن يصفع بكر ابنه خالد ويضربه ، بسبب غيرة زيد الكبير من خالد الصغير وتنافسهما معًا في المدرسة ، فإن الصفع

أو الضرب الواقع على خالد من أبيه بكر ، مادام لم يترك أثراً وحدث بقصد التأديب ، يعتبر فعلاً مباحاً لا جريمة فيه ، في حين أن التحريض الذى صدر من زيد يعاقب عليه بوصفه اشتراكاً فى ضرب .

ولو أن زيدا أبلغ بكرأ مأمور الضبط بوجود غدرات فى منزل خالد توصلنا الى تفتيش مسكن هذا الأخير نكليه فيه ، ودخل فى روع بكر صدق هذا البلاغ ، فقام بالتفتيش فعلاً بعد استئذان النيابة ، غير أنه لم يجد غدرات ما ، فان زيدا لا يعفيه من عقوبة الاشتراك فى جريمة دخول منزل شخص فى غير الأحوال المبينة فى القانون ، التعلل بأن هذا الدخول قد حدث ممن يملكه وهو بكر مأمور الضبط ، لأنه اذا كان الدخول فى منزل خالد مباحاً لبكر كموظف عموى رغم أن الجريمة المقول بمحلوها فى هذا المنزل وهى ، فان هذه الاباحة لا تمتد أثرها الى مسلك زيد فيظل هذا مسؤولاً بوصفه شريكاً فى الجريمة وعلى الرغم من أنها بالنسبة للفاعل فعل مباح بالتطبيق للمادة ٦٣ مضافة الى المادة ١٢٨ من قانون العقوبات .

ففى الحالتين يتوافر بالفاعل سبب اباحة نسبي لا مطلق ، أى مقرر لشخص معين بالذات لا للكافة ، وهذا الشخص هو فى الحالة الأولى الوالد باعتباره صاحب حق التأديب ، وهو فى الحالة الثانية مأمور الضبط باعتباره الموظف العموى المكلف بواجب التحقيق ، وليس لغير الوالد أن يؤدب ، وليس لغير مأمور الضبط أن يدخل منازل الأفراد ليفتش .

فارتفاع وصف الجريمة عن فعل الوالد أو فعل مأمور الضبط ، لا يرفعها عن فعل من كان مساهماً معها .

هذا عن أسباب الاباحة الخاصة بالفاعل أى الأسباب النسبية المقصور أثرها المبيح عليه شخصياً .

أما ما ذكرته المادة ٤٢ من أسباب أخرى ترفع عن فاعل الجريمة عقابها ، وتبقى هذا العقاب على عاتق الشريك ، فهو عدم وجود القصد

الجنائى للنئى الفاعل ، - وعدم وجود أهلية الفاعل للعقوبة بسبب الجنون أو صغر السن عن الثانية عشرة ، وأسباب الاعفاء من المسؤولية .

فلو أن طبيباً أراد قتل خصم له تصادف أن نزل بالمستشفى الذى يؤدى هو فيه مهنته ، فسلم إلى إحدى المرضيات حقنة سامة لتحقن بها هذا المريض على أنها الدواء ، ففعلت المريضة ما أمرها به الطبيب ومات المريض بفعل السم ، فإن المريضة لا تسأل عن قتل عمده لتخلف قصد القتل لديها بينما يسأل عن هذا القتل الشريك فيه بالتحريض والمساعدة على الفعل المكون له ، أى الطبيب .

ولو أن خاقلاً يضر مجنوناً أو صغيراً عن الثانية عشرة فى القاء قنبلة انفجرت وأصابته ضحية أو أكبر ، فإن عدم أهلية المجنون أو الصغير لتحمل العقوبة ، توكل منهما فاعل فى الجريمة ، لا يرفع العقوبة مع ذلك عن عاتق شريكهما العاقل .

ولو أن سيدة استعانت بمساعدة شخص فى اخفاء زوجها الفار من وجه القضاء ، فإن ارتفاع العقاب عنها لا يمنع من عقاب هذا الشخص .

ذلك ما قضت به المادة ٤٢ ، وهى بدورها لا تبرر فيما قضت به أى تفرقة بين الفاعل والشريك .

وبين هذا من إشتماع الأمثلة السابق أيرادها .

ففى كل مثال وقعت الجريمة بمساهمة شخصين أحدهما ارتفع عنه العقاب لسبب إباحة تنبئ أو لعدم وجود القصد الجنائى أو لتخلف الأهلية للعقوبة أو لوجود سبب معفى من المسؤولية ، والآخى حق عليه مع ذلك العقاب . هذا الآخر كان فى الأمثلة المذكورة شريكاً . غير أنه حتى إذا كان فاعلاً ، فإن وضعه من حيث استحقاق العقاب لا يتغير .

فلو أن الضرب الذى أصاب خالداً لم يقع عليه من أبيه بكر فحسب وإنما أصابه من زيد كذلك ، فإن الوالد بكر لا يعاقب ويحل العقاب بالفاعل الآخر زيد .

ولو أن زيدا لم يقتصر على إبلاغ بكر مأمور الضبط بوجود المختبرات في منزل خالد ، وإنما دخل بالفعل هذا المنزل كذلك بحجة إجراء التفتيش فيه ، فإن بكراً لا يعاقب لأنه مأمور الضبط ، بينما يستحق زيد العقاب . ولما كانت جريمة دخول منزل شخص من آحاد الناس بغير رضائه فيما عدا الأحوال المبينة في القانون ، تتطلب طبقاً للمادة ١٢٨ أن يكون فاعلها موظفاً أو مستخدماً عمومياً أو شخصاً مكلفاً بخدمة عمومية ، فإنه لا مناص في سبيل أن ينال زيد عقابها رغم عدم وجود صفة من هذه الصفات فيه ، أن يعتبر شريكاً لبكر المتحلي بهذه الصفة ، حتى لا يفلت مع هذا الأخير من العقاب . فرغم أنه أتى مع بكر الفعل التنفيذي للجريمة ، لا يتأتى اعتباره فاعلاً لتخلف الصفة اللازمة فيه كي يكون كذلك ، فيستلزم الأمر تغيير صفته من فاعل إلى شريك في سبيل ألا ينجو من العقاب ، الأمر الذي يفصح فشل التفرقة بين الفاعل والشريك ويؤكد ضرورة التسوية بين من ساهموا سوياً في جريمة مشتركة .

ولو أن الطبيب لم يقتصر على تقديم الحقنة السامة للمرضة وإنما اشترك معها في حقن جسم المريض بها بعد تخدير هذا الأخير ، فإنه رغم أفلات المرضة من المسؤولية عن القتل العمد يستحق هو عقوبة هذا القتل بوصفه فاعلاً فيه لا مجرد شريك . واذن يستوى في استحقاقه للعقاب أن يكون شريكاً أو فاعلاً .

ولو أن العاقل لم يترك المحبون أو الصغير يلقيان القنبلة بمفردهما وإنما أمسك بها وألقاها معهما ، فإنه رغم ارتفاع العقاب عنهما لتخلف الأهلية اللازمة له ، يستحق هو العقوبة بوصفه فاعلاً معهما . فاستحقاقه للعقاب يظل قائماً حتى إذا أصبح بدلاً من الشريك فاعلاً .

ولو أن من ساعد الزوجة في إخفاء زوجها أتى معها في هذا الإخفاء عملاً تنفيذياً ، فإنه يعاقب كذلك رغم انتفاء عقابها .

فالواضح من كل ما تقدم ، أن ما قررته المادة ٤٢ في العلاقة بين الفاعل والشريك من ناحية سبب الاباحة الخاص أو عدم وجود القصد الجنائي أو عدم وجود الأهلية للعقوبة أو وجود سبب معفي من المسؤولية ، يصدق كذلك على العلاقة بين الفاعل والفاعل ، حتى أنه لا يبقى بعدئذ أي وجه للفرقة بين المساهمين تبعاً لما إذا كان الواحد منهم فاعلاً أو شريكاً . وتكون القاعدة . أن وجود سبب اباحة خاص بمساهم أو تخلف القصد الجنائي لديه أو تخلف الأهلية للعقوبة أو وجود سبب معفي من المسؤولية ، ليس من شأنه أن يؤثر على مساهم غيره ، فيستحق هذا الغير العقاب .

فعلام التفرقة إذن بين الفاعل والشريك ؟

بقي الكلام على الجريمة المحتملة التي تقع على خلاف الجريمة المقصودة . فقد نصت المادة ٤٣ عقوبات على أن « من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التي تعمد ارتكابها متى كانت الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التي حصلت » .

والرأى مستقر على أن الجريمة المحتملة لا يسأل عنها الشريك فحسب في العلاقة بين فاعل وشريك ، وإنما يسأل عنها الفاعل كذلك في العلاقة بين فاعل وفاعل (١) .

فعلام التفرقة إذن بين الفاعل والشريك ؟

قصارى القول ، أن ظروف الجريمة شخصية كانت أو عينية لا وجه للتفرقة في تحديد الأثر المترتب عليها بين من يكون في المساهمين فاعلاً وبين من يكون شريكاً فالشخصية منها لا يمتد أثرها من مساهم الى آخر (٢)

(١) انظر لفتحي ٨ يناير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ١٨٠ ص ٢٢٤ ونقض ٢٩ أكتوبر ١٩٣٤ ج ٣ رقم ٢٨٢ ص ٣٧٥ . والمراجع السابق للأستاذ الدكتور محمود مصطفى ص ٢٥٠

(٢) سبق أن بينا أن الأحوال الخاصة بالفاعل والتي تقتضي تمييز وصف الجريمة يجب أن يكون أثرها على المساهم الآخر واحداً سواء أكان فاعلاً أم شريكاً وذلك بالامتداد اليه أصلاً أو تؤثر عليه بشرط علمه بها .

والعينة تمتد أثرها الى كافة المساهمين طبقاً للقانون المصرى سواء أكان المساهم فاعلاً أو شريكاً .

ومن جهة ثانية فإن سبب الإباحة الخاص ، وعدم وجود القصد الجنائى وعدم وجود الأهلية للعقاب ، وسبب الإعفاء من المسؤولية ، لا يترتب عليها أثرها كأسباب نافية للعقوبة فى غير الشخص الذى توافرت به ، أيا كانت صفة هذا الشخص فى المساهمة وسواء أكان فيها شريكاً أم فاعلاً .

ومن جهة ثالثة فإن الجريمة التى تقع مخالفة للجريمة المقصودة مع كونها محتملة الوقوع ، يسأل عنها المساهم فاعلاً كان أم شريكاً .

وبالتالى تنهار الدعامة الثالثة التى أريد أن تقام على أساسها التفرقة بين الفاعل والشريك ، اذ القاعدة فى ظروف الجريمة وفى أسباب الإباحة الخاصة وعدم وجود القصد الجنائى وعدم وجود الأهلية للعقوبة ، ووجود سبب معفى من المسؤولية ، ووقوع جريمة محتملة غير مقصودة ، أن امتداد أثر كل أمر من هذه الأمور أو عدم امتداده ، من مساهم الى آخر ، لا يختلف المعيار فيه باختلاف صفة هذا المساهم وهل هو فاعل أو شريك ، الأمر الذى لا تبقى بعده أهمية عملية للتفرقة بينهما .

على أن فشل التفرقة بين الفاعل والشريك ، لا يرجع الى الأمور المتقدم ذكرها فحسب ، بل يستبين على وجه أوضح من الكلام على معيار التفرقة .

ونتناول الآن هذا المعيار سواء فى القانون المصرى أو القانون المقارن .

ففى القانون المصرى ، جاء فى تعليقات الحقانية على قانون سنة ١٩٠٤ أنه : يكفى لاعتبار ما وقع داخلاً فى الأعمال المكونة للجريمة أن يكون هذا العمل كافياً بذاته لاعتبار مرتكبه قد بدأ فى تنفيذ الجريمة ، بحيث يعد شارعاً فيها وفقاً للمادة ٤٥ من قانون العقوبات على فرض أن الجريمة

لم تتم . أما اذا كان العمل الذى ساهم فى الجريمة لا يخرج عن كونه عملا تحضيرياً فلا يعد صاحبه فاعلاً أصلياً بل شريكاً متى وقعت الجريمة وتوافرت شروط الاشتراك .

وقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية على هذا المعيار (١).

غير أنها فطنت الى عدم توافقه مع مقتضيات الحقيقة الواقعية فأدخلت عليه تعديلاً شبيهاً بذلك الذى سبقها اليه محكمة النقض الفرنسية من زمن بعيد .

فسبق أن قلنا ان محكمة النقض الفرنسية اعتبرت المساعدة المعاصرة للتنفيذ من قبيل الأفعال التنفيذية التى تجعل صاحبها فاعلاً ، ولو لم تكن داخلة فى الأعمال المكونة للجريمة كما جددتها نص القانون .

فن يقف خارج المكان المسروق لحراسة الطريق ، لا يدخل نشاطه فى الركن المادى للسرقة كما وصفه نص القانون ، لأنه لا يختلس المال ولا يبدأ فى هذا الاختلاس . فالأصل أن نشاطه يدخل فى دائرة الاشتراك ويجعله فى السرقة شريكاً بالمساعدة لا فاعلاً .

ومع ذلك فقد اعتبرته محكمة النقض الفرنسية فاعلاً لا شريكاً (٢) . ومسيرتها فى النهج نفسه محكمة النقض المصرية (٣) .

(١) أنظر فى تطور قضائها مؤلف الأستاذ الدكتور السيد مصطفى السيد السالف ذكره ص ٢٧٢ - ص ٢٧٥ - ورسالة الدكتور عبد الفتاح الصبيح فى التحريض ووضعه من نظرية المساهمة الجنائية ص ٦٩ وما بعدها . وجرى الفقه على المعيار نفسه - أنظر الأحكام العامة لمل بلوى طبعة ١٩٣٨ ص ٢٩٩ وما بعدها . وكامل مرسى والسعيد فى شرح قانون العقوبات المصرى الجديد طبعة ١٩٤٦ ص ٢٥٩ وما بعدها وعلى رأشد فى مبادئ القانون الجنائى طبعة ١٩٤٨ ص ٣٢٤ وما بعدها .

(٢) أنظر جارسون فى التطبيق على المادة ٦٠ من قانون العقوبات الفرنسى ، فقرة ٢٢ وما بعدها ، ص ٣٩ وما بعدها .

(٣) أنظر لفتن ٦ يناير ١٩٤٨ بمجموعة القواعد القانونية الجزئية السابع رقم ٤٨٥ من ٤٤٧ وكذلك نقض ١٦ مارس ١٩٤٨ بمجموعة أحكام النقض من رقم ٢٧٣ من ٢٤٣ .

ولا داعى لإيراد الأحكام العديدة التى أصدرتها محكمة النقض المصرية فى نفس الاتجاه ، وانما يكفينا تسجيل التزامها اياه حتى وقتنا هذا . فقد قررت فى حكم حديث لها أن جريمة القبض على انسان وتعذيبه بدنياً ، يعتبر فاعلين فيها اثنان وجهاً نشاطهما فى مكان تنفيذها لا الى هذا الانسان الذى قبض عليه وعذب ، وانما الى أخيه الذى كان يرافقه وشلت حركته فى سبيل ألا يحول دون حدوث هذا القبض . فرغم أن نشاطهما لم يقع على ذات الشخص المقبوض عليه وانما على شقيق هذا الشخص ، اعتبر كلاهما فاعلين فى جريمة القبض المنصوص عليها بالمادة ٢٨٢ من قانون العقوبات ، لا مجرد شريكين فيها مع من قبض على الشخص المذكور .

وقالت المحكمة فى تسبيب ذلك « ويبين من ذلك أن ما أثبتته الحكم فى حق كل من الطاعنين يخمله فاعلاً أصلياً فى الجريمة التى دينوا بها ، لأنه ظهر على مسرح الجريمة وأقى عملاً من الأعمال المكونة لها مما تدخله فى نطاق الفقرة الثانية من المادة ٣٩ من قانون العقوبات ، ومن ثم يكون هذا الوجه من الطعن على غير أساس » (١) .

فحكمة النقض المصرية ترى فى الظهور على مسرح الجريمة ما يجعل المساهم فيها فاعلاً لا مجرد شريك ، وتعتبر نشاطه على هذا المسرح عملاً من الأعمال المكونة للجريمة .

ونحن لا نقرأ على هذا رأى لأنها توسع به من دائرة الأعمال المكونة للجريمة ، فى حين أن المقصود بهذه الأعمال تلك التى تدخل فى الركن المادى للجريمة . كما وصفه نص القانون .

ومجرد حدوث المساهمة على مسرح تنفيذ الجريمة لا يجعل منها جزءاً من الأعمال المكونة للجريمة ، ما دامت هذه المساهمة لا تتمثل عملاً فى جزئية

(١) "نقض ٢٣ يونيو ١٩٥٩ مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجزائية السنية المباشرة العدد الثانى من ٦٨٨ وما بعدها رقم ٦٥٣"

من جزئيات الركن المادى للجريمة كما حدده نص التجريم ، ولا تعتبر تنفيذاً لهذا الركن فى ذاته أو بدءاً فى تنفيذه .

ومن يقف خارج المكان ليحرس زملاءه بينما هم يسرقون فى الداخل ، لا يعتبر نشاطه عملاً من الأعمال المكونة لجريمة السرقة ، لأن لهذه العبارة معنى فنياً يحصر تلك الأعمال فى دائرة ما هو داخل فى الركن المادى للسرقة كما وصفه النص الخاص بتجريمها ونعنى به ركن الاختلاس أى امتداد اليد الى مال الغير لسلبه بلون رضاء من صاحبه .

فالذى يمثّل نشاطه فى تنفيذ هذا الركن بالذات هو الذى يعتبر مرتكباً عملاً من الأعمال المكونة لجريمة السرقة .

أما اذا كان نشاطه خارجاً عن نطاق الركن المادى للسرقة فلا يعتبر من الأعمال المكونة للسرقة ، وإن كان من الأعمال اللازمة لتنفيذها .

وهناك فرق ظاهر بين العمل الذى ينفذ السرقة وبين العمل اللازم فى سبيل أن تنفذ .

فالعمل الأول هو الذى يصبح اعتبار صاحبه فاعلاً . أما العمل الثانى فصاحبه ليس فاعل الجريمة وإن كان يصح اعتباره فاعلاً فيها .

والمساهم على مسرح الجريمة سمته محكمة النقض فاعلاً ، وحقيقة الأمر أنه فاعل فى الجريمة وإن لم يكن فاعلاً .

أما اعتباره فاعلاً والوصول الى حد القول مع محكمة النقض بأن نشاطه عمل من الأعمال المكونة للجريمة ، فأمر يقدر حقيقة المقصود بهذه الأعمال فى التعريف بالفاعل طبقاً للمادة ٣٩ ، وينزل بالتبعية الخلل فى مجالات أخرى يكون الممول عليه فيها هو بالذات تحديد نطاق هذه الأعمال . ومن قبيل هذه المجالات ، مجال الشروع ، فالشروع كما عرفته المادة ٤٥ هو البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جنائية أو جنحة . والاجماع متخذ على أن الموالد

بالبدء في التنفيذ هو إتيان نشاط يؤدي حالا ومباشرة الى الركن المادى فى الجريمة كما حدده نص القانون ، أى يفضى مباشرة الى عمل من الأعمال المكونة لها كما بينها هذا النص . ولو اعتبر نشاط من يتجول خارج المكان المراد سرقة فى أثناء تنفيذ السرقة بداخله ، عملا من الأعمال المكونة للسرقة جريا على منطق محكمة النقض ، فان النتيجة التى ترتب على هذا الاعتبار أن من يأتى عملا يفضى مباشرة الى هذا التجوال ، يكون نشاطه معنى الشروع فى السرقة ، بحيث أنه اذا ضبط وهو على هذه المرحلة من السلوك وكانت لديه نية السرقة ، يعاقب على شروع فى سرقة . وواضح وجه الخطأ فى القول بذلك .

ثم ان اعتبار التجوال خارج المكان لحراسة من يسرقون فى داخله ، عملا من الأعمال المكونة للسرقة ، يضيف الى الركن المادى لها ما لم يذكره نص القانون ، اذ اقتصر هذا النص على تعريف السرقة بأنها اختلاس منقول مملوك للغير (م ٣١١ ع ٢) .

واعتبار الامساك بشخص غير من يراد القبض عليه فى سبيل شل حركته وتيسير القبض على الشخص المقصود ، عملا من الأعمال المكونة للجريمة القبض ، أمر يدخل فى الركن المادى لهذه الجريمة ما ليس فيه ، اذ يمثل هذا الركن كما حددته المادة ٢٨٢ فى سلوك « من قبض على شخص بدون وجه حق وهدده بالقتل أو عذبه بالتعديبات البدنية » ، وبديهي أن المراد بذلك هو الامساك بالشخص المقصود بالقبض والتهديد بالقتل ، أو بالقبض والتعذيب البدنى ، لا الامساك بشخص غيره .

اذن فن سمته محكمة النقض فاعلا بسبب ظهوره على مسرح الجريمة ، ليس فى حقيقته فاعل الجريمة ولو أنه فعال فيها .

وكل ما قضدته محكمة النقض هو أن تظهر فاعلية سلوكه والدور الرئيسى الذى يقوم به .

ولا يلزم في سبيل فاعلية السلوك واحتلاله في وقوع الجريمة مكاناً رئيسياً ، أن يقع على مسرح تنفيذها . فقد يكون كذلك رغم بعده عن هذا المسرح . ومن قبيل ذلك أن يقدم شخص مساعدته في السرقة أثناء ارتكابها وانما على غير مسرح تنفيذها بأن يعطل المحنى عليه عن العودة الى منزله حتى تم السرقة فيه (١) .

وبين من ذلك أن محكمة النقض المصرية قد قصدت اظهار الدور الرئيسي الذى يؤديه المساهم في وقوع الجريمة ، غير أنها لم تستخدم في سبيل ذلك صياغة موفقة . ولعل الفقه الألماني - كما سرى - قد وصل الى صياغة أوفى وأشمل هي الى سنجعل منها الآن موضوع حديثنا . وقد تطور الرأى في الفقه الألماني .

فطبقاً لرأى قديم ، يعتبر فاعلاً من كان سلوكه بالنسبة للنتيجة الاجرامية سبباً لها *Ursache* ، بينما يعتبر شريكاً من كان سلوكه بالنسبة لها مجرد ظرف *Bedingung* . فاذا اتفق ثلاثة على سرقة منزل بطريق الكسر ، وكسر أحدهم باب هذا المنزل ، ثم دخل الثاني من هذا الباب ليسرق وخرج بالمبروقات ، بينما ظل الثالث في الخارج يرقب الطريق ، فان من كسر الباب ومن دخل منه واختلس من محتويات المنزل ، يعتبران كلاهما فاعلين ، لأن نشاطهما يعتبر بالنسبة للسرقة سبباً ، وأما من راقب الطريق في الخارج فيعتبر شريكاً لأن سلوكه بالنسبة للسرقة كان محض ظرف ملابس (٢) .

(١) ذكر هذا المثال الأستاذ الدكتور محمود مصطفى في مؤلفه السالف ذكره بالهامش الأول من المصيفة ٢٤٠

(٢) أنظر : Ernest Beling "Die Lehre vom Verbrechen" 1906 - p408 - Liszt : Schmidt "Lehrbuch des deutschen Strafrechts" 1932, p. 334 Wegner "Strafrecht" All. Teil, 1951, p. 255.

وقد أخذ على هذا الرأي أنه يقيم بين مقدمات النتيجة الاجرامية تفرقة لاجل لها . ذلك لأنه اذا كان نشاط ما لازما في وقوع الجريمة بالكيفية التي حدثت بها وتحققت النتيجة الاجرامية بناء عليه ، فانه يعتبر بالنسبة لهذه النتيجة سبباً في جميع الأحوال ، ولا معنى لاعتباره مجرد ظرف ملابس . فكيف يتأتى وضع معيار للتفرقة بين مقدمات كانت كلها لازمة في سبيل توليد النتيجة ، للقول بأن منها ما هو سبب ومنها ما هو ظرف ملابس ؟ (١) .

ولذا ذهب رأى آخر الى القول بأن الفاعل هو من يريد لنفسه أن يكون فاعلاً بأن تكون لديه نية الفاعل *Animus auctoris* ، وأما الشريك فهو من يقنع بنية أن يكون شريكاً *Animus socii* (٢) .

وأقرت هذا الرأي المحكمة الألمانية العليا في كثير من أحكامها حتى أنها عرفت الفاعل بأنه ذلك الذي يريد أن تكون الجريمة عملاً شخصياً له وأن تنسب إليه ، وعرفت الشريك بأنه ذلك الذي يريد أن تكون الجريمة من عمل غيره وأن تنسب الى هذا الغير ، بل انها في حكم متقد لها جوت على نفس التعريف في جريمة اغتصاب أنثى ، اذ نسبت صفة الفاعل فيها الى رجل آخر غير الذي واقع الأنثى ، بحجة أن هذا الآخر شاء أن تكون الجريمة من عمله وأن تنسب اليه (٣) .

وفضلاً عن الغرابة البادية في اعتبار رجل فاعلاً في اغتصاب أنثى لم يواقعها ، فانه من غير السائق عقلاً أن يكون اعتبار الانسان فاعلاً أو شريكاً متوقفاً على محض ارادته ، بحيث تكفى هذه الإرادة لجعل عمل الغير منسوباً اليه كعمل شخصي ، أو لجعل العمل الشخصي له منسوباً الى الغير .

(١) أنظر : Hans Weizel "Das Deutsche Strafrecht" , 1954, p. 80, 81 .

(٢) أنظر : Mezger "Strafrecht" ein Lehrbuch, 1931, P. 410 .

(٣) أنظر : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, 71, 364 .

ثم ان الجرى على هذا المنطق ، مؤداه أن يعاقب القانون الجنائي على محض العواطف الكامنة في قرارة النفس ، أى أن يتمحض الى قانون جنائى عاطفى *Gesinnungsstrafrecht* ، الأمر الذى يتضح من التأمل مثلا في حالة التحريض على الانتحار - فاذا كان المحرض يريد أن يكون الانتحار عملا للمتحر لا عملا شخصياً له ، فلا يعاقب ، بينما ينال العقاب بل يعتبر قاتلا عملا اذا أراد أن يكون انتحار المتحر منسوباً اليه هو كعمل شخصى ، وهذا ما لا يستقيم (١) .

من أجل ذلك ، نشأ في التفرقة بين الفاعل والشريك رأى آخر هو رأى المدرسة الغائية أو الهدفية التى يترعها حالياً الأستاذان *Hans Welzel, Reinhart Maurach*

مفاد هذا الرأى ، أن فاعل الجريمة هو من له السيادة على عملية تنفيذها من الناحيتين المادية والنفسية على حد سواء .

هذه السيادة على عملية التنفيذ *Tatherrschaft* ، لا يلزم فيها إثبات عمل من الأعمال المكونة للجريمة أى الداخلة في ركنها المادى كما وصفه النموذج القانونى ، وإنما يكفى لتحقيقها أن يكون موقف المساهم من سائر المساهمين هو موقف المبد المسيطر على سير الجريمة في عملية تنفيذها ، سيطرة واقعية متجاربة في الوقت ذاته مع نيته ، بحيث يستطيع بفعل موقفه هذا أن يترك تلك العملية في مجراها أو يحد من سرعتها أو يوقفها كلية كلما شاء ذلك .

Tatherrschaft hat jeder Mitwirkende, der in der tatsächlichen und ihm bewussten Lage ist, die Tatbestandsverwirklichung je nach seinem Verhalten ablaufen lassen, hemmen oder abbrechen zu können. (١٥)

ولا شك في أن صياغة التعريف بالفاعل على هذا الوجه أشمل من صياغة محكمة النقض المصرية ، لأنها تسع كافة الحالات التى يكون المساهم فيها

(١) أنظر *Welzel* : *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, ١٩٤٦.

(١٥) *Maurach "Deutsches Strafrecht" A.B. Teil, 1984* على ما ذكره.

مسيطرأ على عملية التنفيذ ، ومن ثم لا تنفيد بحالة وجوده على مسرح تنفيذ الجريمة .

فقد يكون بعيداً عن هذا المسرح يصدر أوامره الى أفراد عصابته من قمة تل أو من برج للقيادة بمنأى عن مكان نشاطهم ، ويتلقون منه في هذا المكان تلك الأوامر بطريق التليفون . وقد يكون في السرقة بعيداً عن مكانها يلهى صاحب المنزل الجارية فيه السرقة ليحول دون وصوله الى المنزل ، وذلك حتى تتم السرقة ، وهو المثال السابق أن قلنا ان قضاء محكمة النقض لا يشمل ولا ينسحب عليه .

ورغم أن صياغة الرأي الأخير في الفقه الألماني لمعيار التفرقة بين الفاعل والشريك أوسع وأشمل من الصياغة التي وضعت بها محكمة النقض المصرية هذا المعيار ، الا أنها في نظرنا متقدمة هي الأخرى .

فكل ما يراد بالسيادة على عملية التنفيذ ، أن يكون صاحب هذه السيادة ذا دور رئيسي في حدوث الجريمة أي ذا دور فعال .

والسيد المسيطر على سير تلك العملية ، ليس سوى من كان نشاطه فيها فعالا بالقياس الى نشاط غيره .

وكون الشخص فعالا في تنفيذ الجريمة أمر ، وكونه فاعلها أمر آخر على ما سلف بيانه .

فحتى المعيار الذي وضعه الفقه الألماني يؤخذ عليه الخلط بين من هو فاعل الجريمة ومن هو فعال في تنفيذ الجريمة .

وكل المقصود به هو اظهار متى يكون نشاط مساهم ما فعالا في حدوث الجريمة ، أي متى يحتل هذا النشاط في العملية المقضية الى وقوعها مكاناً رئيسياً .

ومتى كان الأمر كذلك ، فإنه لا يسوغ القول بأن المساهمين في الجريمة ينقسمون الى فاعل والى فعال (١) والى شريك .

وانما القول السائع أن يعتبروا جميعاً شركاء بالمساهمة في الجريمة الواقعة مع التسليم بوجود تفاوت بينهم من حيث فاعلية وأهمية الدور الذى يؤديه فيها كل منهم .

وهذا الذى اتينا اليه فى صدد التفرقة بين الفاعل والشريك ، هو بعينه ما سننتهى اليه بشأن مشكلة الفاعل المعنوى .

فالفاعل المعنوى ، وجه الشبه بينه وبين الشريك ، أن العمل المكون للجريمة طبقاً لركبها المادى الموصوف فى النموذج القانونى ، لا يجرى على يديه هو وانما على يد شخص آخر . من هذه الناحية يتفق من يسمى بالفاعل المعنوى مع من يسمى بالشريك . فكل منهما يقف وراء عملية التنفيذ ومن خلفها دون أن يخوض نحارها . وما يفرق بين الفاعل المعنوى والشريك طبقاً للنظرية الغائية أو الهدفية السالف ذكرها ، أنه بينما وقوف الشريك وراء عملية التنفيذ لا يجعل له على هذه العملية سيادة وسيطرة ، فان موقف الفاعل المعنوى منها يختلف فى كونه يتيح لهذا الأخير أن يكون السيد المسيطر عليها للدرجة أن الإنسان الذى ينفذها مادياً يكون محض آلة *werkzeug* مسخرة بين يديه (٢) .

(١) المساهم الفاعل هو الذى يسميه قانون العقوبات البلجيكي فى المادة ٦٦ منه بالمساعد الضرورى ويعرفه بأنه من يقدم مساعدة لا تتحقق الجريمة بدونها . و يرى أن اطلاق هذه التسمية عليه لم يكن موثقاً ، على اعتبار أنه كل مساعدة وقمت الجريمة بناء عليها كانت فى احداث الجريمة ضرورية وان كان يوجد تفاوت فى الأهمية بينها وبين غيرها من وجوه المساهمة فى الجريمة فيها - يرجع الى مقال الأستاذ الدكتور محمود مصطفى السابق ذكره ص ٢٧

(٢) أنظر مؤلف Weizel السالف ذكره ص ٧٥ وما بعدها ومؤلف Maurach ص ٥٥٥ وما بعدها .

معنى ذلك أنه بينما السيادة على عملية التنفيذ تكون في الفرض العادى ثابتة للفاعل اذا ما قورن بالشريك ، فانها في الفرض الخاص بالفاعل المعنوى تثبت على العكس للشريك اذا ما قورن بالفاعل ، أو بعبارة أدق تثبت لمن كان الأصل فيه أن يظل شريكاً ومع ذلك انقلب فاعلاً لأبلولة السيطرة على عملية التنفيذ اليه . فلأن هذه العملية تجري على يد إنسان مسخر كآلة ، يكون من شأن حالته هذه أن تؤول صفة الفاعل الى من يخره ، رغم أن الفعل المكون للجريمة مادياً قد تنفذ على يديه .

ولأن المسخر لم ينفذ الفعل بيديه هو وإنما على يدى الشخص المسخر ، لا يخلع عليه لهذا السبب بالذات ، وصف الفاعل مجرداً ، مادام هذا الوصف لصيقاً بمن ينفذ مادياً الفعل المكون للجريمة ، وإنما ينعت بوصف الفاعل المعنوى .

وبينما الفاعل في الفرض العادى يحقق سلوكه الركن المادى والمعنوى للجريمة سوياً ، فانه في الفرض الخاص بوجود فاعل معنوى معه ، لا يحقق سلوكه من الجريمة سوى ركنها المادى ، بينما الركن المعنوى لها يتمثل في سلوك الفاعل المعنوى .

وخلاصة ذلك أن الفاعل المعنوى يتفق مع الشريك بالمعنى التقليدى في أن كليهما لا ينفذ بيديه العمل المكون للجريمة ، ويختلف عنه في أنه يملك دونه سيادة على عملية تنفيذ هذا العمل .

ويتفق الفاعل المعنوى مع الفاعل بالمعنى التقليدى في أنه يملك مثله السيطرة على عملية تنفيذ الجريمة ، وإنما يختلف عنه من ناحيتين : من ناحية أنه لا ينفذ بيديه العمل المكون للجريمة في حين أن الفاعل الأصل فيه أنه المنفذ لهذا العمل مادياً وإن كان أحياناً يقتصر على مجرد توجيه عملية تنفيذه على ما رأينا في مذهب محكمة النقض المصرية والمدرسة الغائبة في الفقه الألمانى . ومن ناحية أن المنفذ المادى المسخر للفاعل المعنوى لا يحقق من الجريمة سوى ركنها المادى بينما الركن المعنوى لها قائم لدى الفاعل المعنوى وحده ، أما الفاعل بالمعنى التقليدى فيحقق ركني الجريمة معاً المادى والمعنوى .

ذلك هو المستفاد من تعريف المدرسة الغائية للفاعل المعنوى بعد تعريفها للفاعل العادى .

ولعل أطرف الأمثلة التى ساقها شراح القانون الجنائى للفاعل المعنوى هى تلك التى جادت بها قريحة الأستاذ Welzel فى مؤلفه الذى أشرنا إليه .

فهو يقسم حالات الفاعل المعنوى على ثلاثة أقسام :

القسم الأول : يضم حالات تتميز بأن المنفذ المادى للجريمة فيها يتخلف لديه اما العلم بتحقيق الركن المادى لها واما ارادة تحقيق هذا الركن .

(أ) أما عن تخلف العلم بتحقيق الركن المادى للجريمة ، فيكون فى حالة الممرضة التى تتسلم من الطبيب حقنة مليئة بكمية ضخمة من المورفين وتحقن بها بناء على أمر منه أحد المرضى فيموت هذا المريض ويتضح أن الطبيب عدو له وأراد القضاء عليه . فهنا لا يتوافر لدى الممرضة أصلا العلم بأنها تنفذ العمل المكون لجريمة القتل (١) .

(ب) وأما عن وجود العلم بتحقيق الركن المادى للجريمة مع عدم انصراف الارادة الى تحقيقه ، فأمر يتوافر فى الأمثلة الأربعة الآتية :

١ - أن يكره رجل بطريق التهديد امرأة حاملا على الاجهاض فتجهض نفسها كرهاً عنها . فهى فى هذه الحالة تعلم بأنها تحقق الركن المادى لجريمة الاجهاض ولكن ارادتها لم تنصرف الى تحقيقه . فالفعل فعلها من الناحية المادية ولكنه ليس فعلها من الناحية المعنوية .

(١) فى حالة ثبوت أفعال فى حق الممرضة لا تسأل عن قتل مد على كل حال وإنما عن قتل خطأ .

٢ - أن يكره رجل آخر على الانتحار ، فينتحر المكره بالفعل مؤثراً
أن يموت بيده شخصياً بدلاً من أن يحدث له الموت على يد غيره . فالمتحدر
هنا يعلم بأنه يحقق الركن المادى فى جريمة قتل ، ولو أن فعله لا يعتبر قتلاً
بالنسبة له شخصياً ، فإنه يعتبر كذلك بالنسبة لمن أكرهه على اتيانه .
فما هو انتحار بالنسبة له يعتبر بالنسبة للمكره قتلاً . وبديهي أن المقصود
هنا هو الاكراه على الانتحار لا مجرد التحريض أو المساعدة عليه .

٣ - أن يدفع رجل مجنوناً أو صغيراً غير مميز الى ارتكاب جريمة ،
فيرتكبها هذا فعلاً . فهنا لا تتوافر لدى أى منهما ارادة ارتكاب الفعل
وبالتالى يعتبر الفعل من الناحية المعنوية فعل الرجل الذى يتحررها ، ما لم يكن
لدى أى منهما قدر من الارادة الشخصية يحول دون اعتباره مجرد آلة
مسخرة ، اذ فى هذه الحالة يعتبر فاعلاً ، ويعتبر من دفعه الى الفعل شريكاً
بالتحريض أو المساعدة .

٤ - أن يكلف رئيس مرعوسه بتنفيذ أمر غير مشروع ، فينفذه
المرعوس غير عالم بعدم المشروعية فيه (١) .

القسم الثانى : يضم حالات تتخلف فيها لدى المنفذ المادى للجريمة
العناصر اللازمة أن تتوافر فى فاعلها سواء أكانت عناصر مادية أو معنوية
والى بلونها لا تقوم الجريمة .

(١) أما عن تخلف العنصر الشخصى المادى فى الفاعل ، فمثاله
أن يكلف الموثق فرداً عادياً من آحاد الناس بتحرير بيانات
كاذبة فى عقد رسمى يجرى توثيقه . فالتزوير المرتكب
من موظف عمومى فى محرر رسمى ، يستلزم توافر عنصر
شخصى مادى فيمن يلدون بيانات هذا المحزر ، وهو أن يكون
هذا المدون موظفاً عمومياً مختصاً بالتلويح . فاذا حدث

(١) يتناول الأستاذ Wolzel هذه الحالة ضمن حالات العلم بآتيان الركن المادى للجريمة
مع عدم انصراف الإرادة اليه ، نغ أنها تدخل ضمن حالات عدم العلم بهذه الركن أصلاً .

تدوين بيانات المحرر الرسمي من شخص ليس هو المختص بهذا التدوين ، فلا تتوافر جريمة تزوير الموظف العمومي في محرر رسمي ، اذ يتخلف في المدون العنصر الشخصي المادى الذى يلزم لقيام هذه الجريمة . ففى المثال المتقدم ذكره يعتبر الموظف العمومي الذى جعل فرداً من آحاد الناس يدون في المحرر الرسمي بيانات مزورة ، بمثابة الفاعل المعنوي لجريمة تزوير الموظف في محرر رسمي .

(ب) وأما عن تخلف العنصر الشخصي المعنوي اللازم توافره في الفاعل لقيام الجريمة ، فنأله أن يكلف مزارع خادماً له باجتلاب دجاجة من طيور الجار فيأتي بها الخادم اليه . هنا تتخلف لدى الخادم نية تملك الدجاجة أى العنصر الشخصي المعنوي اللازم توافره في الفاعل لتحقيق جريمة السرقة . وبالتالي فإن هذه الجريمة يعتبر فاعلها المعنوي هو المزارع وأما خادمه فيعتبر فيها مجرد شريك .

القسم الثالث : يضم حالات تكون الجريمة فيها بالنسبة لمنفذها المادى فعلاً مباحاً ، دون أن تكون كذلك بالنسبة لمن حمله على أتيانها مادياً عن طريق إجباره في حالة ضرورة أو في حالة غلط .

(١٠) فمن قبيل وضع إنسان في حالة ضرورة تحمله على أتيان الفعل المادى المكون للجريمة ، أن تنصرف ارادة شخص الى قتل مجنون فيحرق هذا المجنون على أحد الرجال ، ويجد هذا الرجل نفسه أمام ضرورة الدفاع عن نفسه فيقتل هذا المجنون . هنا تعتبر جريمة القتل بالنسبة لمن نفذها مادياً ، فعلاً مباحاً بسبب الدفاع الشرعى . على أنها لا تعد كذلك بالنسبة لمن تسبب في وقوعها بإجبار الحالة التي أفضت اليها ، فتعتبر بالنسبة له جريمة ، ويعتبر هو فاعلها المعنوي .

(ب) ومن قبيل إيجاد الغير في حالة غلط تفضى به الى تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة دون أن يكون هذا الفعل جريمة بالنسبة له ، أن يتقدم زيد بشهادة زور أمام القاضى ضد بكر فيحكم القاضى على بكر بالحبس . هنا يعتبر الحبس بالنسبة للقاضى الذى أصدر الحكم به ، فعلاً مباحاً لا جريمة فيه لأنه من جانب القاضى أداء لواجب . أما بالنسبة لزيد الذى تسبب فى هذا الحبس بشهادته الزور ، فيعتبر جريمة حبس بلون حق ، وفاعلها المعنوى هو زيد (١) .

تلك هى الحالات التى ساقها الأستاذ Wetzel ممثلاً لها للفاعل المعنوى وهى كما قلنا وكما يبدو لقارئها حالات طريفة .

غير أنها رغم طرافتها لا تقنعنا بوجود محل للتمسك بمن يسمى « الفاعل المعنوى » .

فمن ناحية أولى ، يتعلم القول بوجود حالة يكون وضع الانسان فيها بالنسبة لغيره ، هو وضع الآلة أو الأداة . فيكاد يكون من غير المتصور ذلك الا فى حالة واحدة هى الاكراه المادى . فلو أن زيدا دفع جسم بكر فجأة فوق هذا على عمرو وأصابه ، يمكن التسليم فى هذه الحالة ، بأن بكرأ كان أداة فى يد زيد . وعندئذ يعتبر زيد قد استخدم جسم بكر كأداة مادية فى ارتكاب الجريمة ، فبدلاً من أن يضرب عمرو بعضاً ضربه بجسم بكر ، ولذا ينعت بأنه فاعل الجريمة دون حاجة الى وصفه بالفاعل المعنوى (٢) .

وفى غير حالة الاكراه المادى ، لا يتصور أن يكون الانسان أداة فى يد غيره ، ولو كان مجنوناً .

(١) أنظر هذه الحالات جميعها فى مؤلف Wetzel. السالف ذكره ص ٧٥ - ص ٧٨ .

(٢) أنظر مؤلف Bettiol السالف ذكره فى مسهل البحث - ص ٤١٣ ، ص ٤١٤ .

ذلك لأن للانسان ارادة . وحتى لو كان مجنوناً فله على الرغم من جنونه ارادة كذلك ، ولو أنها ارادة مريضة . والمجنون الذى يستل خنجرأ ويطن به رجلا ، أو يصوب مسدساً ويطلق منه عياراً ، انما أراد أن يطن ، وأراد أن يطلق النار ، والا فإا كان يصدر منه ذلك ، غاية الأمر ارادته مريضة ، لأن العملية النفسية التى أدت الى انعقادها غير طبيعية . ولكنها على كل حال ارادة (١) . ولأنها كذلك ، فانها تصلح أساساً قانونياً لتطبيق جزاء جنائى على المجنون وكل ما يترتب على الجنون من أثر ، هو أن هذا الجزء يكون تدبيراً وقائياً عوضاً عن العقوبة . والحكمة من ذلك ، أن الجزء الجنائى ، بصفة عامة ، عقوبة كان أو تدبيراً واقعياً ، يهدف الى تحقيق المنع الخاص أى الحلولة بين من أجرم وبين أن يعود الى الاجرام مرة أخرى .

ولما كان المجنون المجرم ، مسوقاً الى جريمته على نحو لا خيرة له فيه ولا سبيل له الى تفاديه ، على اعتبار أن الجريمة هى بالذات عرض مرضه العقلى ، ولا يملك الخيار بين الاقدام عليها اذا شاء ، والاحجام عنها اذا شاء وانما هو مقدم عليها لا محالة ، مادام المرض العقلى لازال مهيمنا عليه ، فانه من العيب أن توقع عليه العقوبة كجزاء جنائى . فهى وسيلة ايلام لحمل الانسان على ألا يختار الجريمة مرة أخرى . ومهما أؤلم المجنون ، لا يجدى ايلامه فى حمله على أن يختار الاقلاع عن الجريمة ، لأنه مادام مرضه العقلى كامناً فيه ، فهو مسوق اليها حتماً ، ولا مناص فى سبيل اقلاعه عنها من أن يعالج هذا المرض فيه أى أن يتخذ معه جزاء جنائى يغلب فيه العلاج على الايلام . وليس هذا الجزء سوى التدبير الوقائى فى صورة الايداع بمستشفى الأمراض العقلية ، لعلاج من مرضه العقلى حتى يتاح له الابلال منه . وما يقال عن المجنون ، يصدق كذلك على الضبي غير المميز .

(١) القول ينزل ذلك ينزل بالمجنون الى مصاف المجنونات ، ويتقيد فى شأنه بفكرة مكروية مقدما تتناقض مع الأسلوب العلمى فى البحث ، وفترض على الأمور ما ليس من حقيقتها ، ولئلازم رأيا تناقضاً وإن كان قديماً شائماً .

فمثل هذا الصبي له هو الآخر ارادة تمثلت في أنه قذف حجرا أو صفع زميلا . غاية الأمر ، هذه الارادة قاصرة عن مستوى الارادة الطبيعية لأنها انعقدت بفعل عملية نفسانية غير سليمة يشوبها قصور في ملكة التمييز بين الخير والشر ، وقدرته ايثار أولهما على الثاني . ومادامت هذه الملكة لم تنهيا للصغير بعد ، فان السبيل الى منعه من الاجرام هو تهيشها له . أما ايلامه ، فلا يجلى معه نفعاً ، بل قد يأتي بغير المقصود منه ، لأن النفس الانسانية مجبولة منذ طفولة الانسان على أن تقابل العنف بمثله حين لا تدرك وجه المناسبة فيه ، بل حتى اذا أدركت فيه هذا الوجه ، ولا يمكن أن يولد العنف رقة .

ومن أجل هذا فان العقوبة كجزاء جنائي لا تفلح في حمل الشخص غير المميز على الاقلاع عن الاجرام ، بل قد تدفع به الى التوغل في طريق الجريمة ، والجزاء الجنائي المناسب له هو ذلك الذى يغلب فيه العلاج على الايلام أى التدبير الوقائي في صورة الابداع مثلاً بمؤسسة اصلاحية تقويمية حالة قصور الوالدين أو ولى الأمر عن تبصير الصغير بالخير وترغيبه فيه .

كل ذلك تذكره على سبيل الاستطراد لتؤكد به ما بدأنا القول به ، وهو أن الانسان ليس آلة ولا يتصور أن يكون كذلك ولو كان مجنوناً أو صغيراً . ونعته بالآلة اخلال بكرامة الآدمية وللآدمية كرامتها التي لا تخفى ولو أصاب المجنون صاحبها . وفي هذا يقول أستاذنا المغفور له Filippo Grisigni « ان ارادة من يؤزر أو يساعد انساناً — ولو كان هذا الانسان مجنوناً — تختلف عن ارادة من يريد أن يكون فاعلاً للجريمة باستخدام أداة آلية » (١) .

وبين من ذلك ، أن تحول الانسان الى محض آلة ، لا يتصور في غير حالة الاتكراه المادى ، ولو كان هذا الانسان مجنوناً أو صغيراً .

(١) Grisigni "Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato" Scuola Positiva 1911, p. 2 .

فإذا كان لجريمة المجنون أو الصغير اتصال بنشاط انسان عاقل دفع بهما الى هذه الجريمة ، فانهما يوضعان مع هذا الانسان على قدم المساواة ماداما مثله من بنى آدم ، ولا يعتبران مجرد آلة في يديه لأنهما في الحقيقة والواقع ليسا كذلك ، وكل ما في الأمر أنه مساهم معهما في حدوث ما وقع ، ولا يلزم انكار وجودهما في انتاج الجريمة والقول بأنه دونهما فاعلها المعنوي .
 وإذا كان الأمر كذلك مع المجنون أو الصغير ، فهو كذلك من باب أولى مع الانسان العاقل الراشد ، على ما سرى .

ومن ناحية ثانية ، فان فكرة الفاعل المعنوي ان تناسبت مع بنفص الجرائم ، لا تقبل التناسب مع البعض الآخر . فلا يمكن مثلاً أن تعتبر المرأة التي تدفع بمجنون جنسى الى اغتصاب غيرها ، فاعلة معنوية لهذا الاغتصاب (١) بحيث يقال عنها في وصف القضية وقت احالتها الى محكمة الجنايات ، انها في يوم معين وساعة معينة ومكان معين اغتصبت المرأة المحبى عليها . فالأستاذ Welzel نفسه يسلم في موضع آخر بوجود جرائم معينة سماها بالجرائم التي لا تقبل أن يكون لها فاعل غير المنفذ المادى لها *eigenhändigen Verbrechen* ، ويقول انه في هذه الجرائم لا محل للفاعل المعنوي ، ويضرب لها مثلاً بالجرائم الجنسية *delicta carnis* (٢) .

وفوق ما تقدم ، فان كل جريمة تستلزم في فاعلها صفة معينة بحيث تتخلف بانتفاء هذه الصفة ، لا يتصور فيها فاعل معنوي . فجريمة تزوير الموظف في محرر رسمي ، تستلزم في فاعلها صفة الموظف ، ومن ثم فان الفرد العادى غير الموظف لا يمكن أن يكون ولو فاعلاً معنوياً لها ، ولا تثبت له صفة الفاعل حتى لو سخر في تزوير المحرر الرسمي موظفاً مجنوناً (٣) .

(١) Bettiol المرجع السابق ص ٤١٤

(٢) Welzel المرجع السابق ص ٢٩٠

(٣) Bettiol المرجع السابق في الموضع السالف ذكره .

ومن ناحية ثالثة ، وهذا هو رأينا الشخصى ، تعبر نظرية الفاعل المعنوى عن بلوغ سلوك المساهم فاعلية تجعل له فى وقوع الجريمة دوراً أهم من دور منفذها للمادى .

فكل ما تهتف إليه هو اظهار الحالات التى تؤول السيادة على تنفيذ الجريمة فيها الى غير الشخص الذى جرى على يديه هذا التنفيذ .

فالأمر يتعلق دائماً بفاعلية السلوك الذى اتخذه المساهم وأهمية الدور الذى نهض به فى احداث الجريمة .

وإذا سلطنا للجدل وحده بأن للفاعل المعنوى وجوداً فى نظرية المساهمة الجنائية ، فانه يحق لنا التساؤل عن الاسم الذى يطلق على المنفذ المادى للجريمة تحت سيطرته .

فهذا المنفذ المادى لا يمكن أن يسمى فاعلاً ، لأنه وان تحقق على يديه الركن المادى للجريمة لم يكن ركنها المعنوى قائماً فى نفسه .

فإذا تسميه اذن ؟

لا نستطيع أن نسميه شريكاً فى الجريمة اذ لم يكن لديه قصد ارتكابها فضلاً عن أنه تجاوز الدائرة التقليدية للاشتراك الى حد تنفيذ الفعل المكون للجريمة نفسها .

لا يبقى اذن سوى أن يسمى بالمساهم فى وقوع الجريمة ، وان كان يقضى ببراءته اما لعدم وجود القصد الجنائى لديه ، واما لجنونه أو صغر سنه وعدم أهليته للعقوبة واما للتدبير الواقى واما لتوافر سبب من أسباب الاباحة فيما أتاه .

وهذا هو بعينه ما قرره قانون العقوبات المصرى فى المادة ٤٢ على ما رأينا ، سواء فى العلاقة بين الفاعل والفاعل أو فى العلاقة بين الفاعل والشريك ..

فيستخلص من كل ما تقدم ، أنه كما أن التفرقة بين الفاعل والشريك تمخضت في نهاية الأمر عن كونها محض وسيلة لظهار التفاوت بين أدوار المساهمين في الجريمة من حيث الفاعلية والأهمية ، فإن التفرقة بين الفاعل المعنوي والفاعل المادي انتهى بها المصير إلى أن تكون هي الأخرى وسيلة لتمييز المساهم الفعّال في حدوث الجريمة عن كان له فيها نشاط ثانوي لا يتعدى تنفيذها المادي بدون إرادة منصرفة إلى هذا التنفيذ ، أو يتمثل في تعبير عن إرادة مريضة بسبب الجنون أو قاصرة بسبب الخدانة ، أو يكتسب بالنسبة لصاحبه مشروعية مقصورة عليه لسبب من أسباب الإباحة .

وما دام الأمر كذلك ، فقد آن أن نثبت ما هو الاتجاه الحديث في نظرية المساهمة الجنائية .

* * *

الاتجاه الحديث في هذه النظرية ، هو أن يعتبر كل شخص كان لنشاطه دخل في توليد الجريمة وانتاجها مساهماً فيها ، أياً كانت طبيعة هذا النشاط . فإذا تعدد النشاط المنتج للجريمة وصدر عن أكثر من شخص ، اعتبروا جميعاً مساهمين في الجريمة على خلاف في فاعلية دور كل منهم وأهميته ، الأمر الذي تجب مراعاته في تحديد العقوبة المستحقة .

وهذا ما حققه القانون الإيطالي فعلاً (١) .

فتنص المادة ١١٠ منه على أنه « إذا ساهم في الجريمة الواحدة أكثر من شخص ، فإن كلا منهم يخضع للعقوبة المقررة لها ، مع مراعاة أحكام المواد التالية » .

Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.

(١) كان القانون الإيطالي القديم الموضوع سنة ١٨٨٩ يأخذ بالتفرقة الحالية بين الفاعل والشريك ثم رقى من التجربة عدم جعلها فعلاً في القانون الإيطالي الحالي الصادر سنة ١٩٣٠

فهذه المادة سوت بين كافة المساهمين في انتاج الجريمة دون أن تقيم بينهم أية تفرقة . ، ودون أن تقسمهم بين فاعل وشريك وفاعل معنوي . . فهم جميعاً سواء في مسؤوليتهم عن الجريمة . وأما التحفظ الوارد في نهاية المادة والذي أوجب مراعاة أحكام المواد التالية ، فهو يهدف الى ما جاء في هذه المواد من تنظيم لظروف الجريمة المشددة أو المخففة ، مادية كانت أو شخصية ، ولأسباب الإباحة ، وامتداد أثر هذه الظروف والأسباب أو عدم امتداده من مساهم الى آخر . وسنتحدث عن ذلك فيما يلي .

وانما الذى يعيننا مبدئياً هو أن القانون الايطالى ألغى التفرقة بين الفاعل والشريك وسوى بين جميع المساهمين في المادة ١١٠ المذكورة وأضحاً ايهاا تحت عنوان « عقوبة أولئك الذين يساهمون في الجريمة » دون تمييز بين أولئك (١) .

وأما ما تهدف اليه النظم التقليدية من وراء التفرقة بين الفاعل والشريك ، ومن وراء التوسعة في مشمول الفاعلين اما بنظرية مسرح التنفيذ واما بنظرية السيادة على عملية التنفيذ ، فقد حققه القانون الايطالى حين نص بكل بساطة في المادة ١١٤ على أن « للقاضى أن يخفف العقاب كلاً ما رأى أن عمل أحد المساهمين في الجريمة كان له في اعدادها أو في تنفيذها نصيب ضئيل من الأهمية .

مفاد هذه المادة ، أن كل من كان له في وقوع الجريمة دور فعال ، يستحق عقوبتها المقررة أصلاً في القانون ، ولا يهم بعد ذلك أن يسمى صاحب هذا الدور بالفاعل أو بالفاعل المعنوي .

أما من كان له سواء في اعداد الجريمة أو في تنفيذها ، دور على قدر ثانوى من الأهمية ، فيخفف له القاضى عقوبته ، ولا يعيننا بعد ذلك أن يسمى بالشريك .

(١) جاء في المذكرة التفسيرية للمشروع النهائى (ص ١٣٤) ، أنه : « في حالة كون الفعل موضوع نشاط أكثر من شخص ، يجب أن يوضع الحدث على عاتق جميع المساهمين الذين عاونوا على أحداثه بنشاط شخصي : فالرباط الذى يحكم في الواقع بنشاط المساهمين على اختلافهم يشتمل في جمعية من الأسباب الواعية التي يرجع اليها وقوع الحدث ومن ثم تستد الى كل من المساهمين المسؤولية عن الكل » .

فالجميع مساهمون في الجريمة مادام بينها وبين نشاطهم اتصال المعلوم بالعلّة ، وبذا أراح القانون الإيطالي واستراح من عناء التفرقة بين من هو فاعل ومن هو شريك وما تثيره من مناقشات فقهية لا طائل تحبها .

أما من يسمى في الفقه التقليدي بالفاعل المعنوي ، فهو مساهم في الجريمة مع منفذها المادي ، يتوافر لديه ركنها المعنوي ، كما أن ركنها المادي منسوب إليه كذلك ما دامت يده المنفذ المادي لها تعتبر امتداداً ليدّه .

والمنفذ المادي لها ، لا ينال في تلك الحالة عقوبة ما ، لأنه يحقق من الجريمة ركنها المادي دون أن يتحقق لديه ركنها المعنوي ، ومن البدهي أن المساهمة الجنائية يلزم للعقاب عليها أن يتوافر فيها فضلاً عن الاسهام بنشاط مادي تولدت منه الجريمة ، ركن نفسى لا يختلف عن الركن المعنوي للجريمة بصفة عامة ، مضافاً إليه عدم وجود سبب من أسباب الإباحة .

وهكذا يتحقق الهدف من نظرية الفاعل المعنوي دون حاجة إليها . فالممرضة تعتبر مساهمة مع الطبيب في قتل المريض بحقنة المورفين ، غير أنها لا تعاقب معه لتختلف الركن المعنوي في مساهمتها وهو الركن النفساني في جريمة القتل .

والمرأة التي تمجّض نفسها تحت تأثير الاكراه ، تعتبر مساهمة في هذه الجريمة مع من أكرهها على ارتكابها ، ولكنها لا تعاقب مثله لتختلف الركن النفسى في هذه المساهمة ، وهو الركن المعنوي في جريمة الاجهاض الخ ...

والمنحنون أو الضعيف الذي يرتكب الجريمة مدفوعاً إليها بفعل شخص عاقل يعتبر مساهماً مع هذا الشخص فيها سواء بركنها المادي أم بركنها المعنوي ، وكل ما يتخلف في مساهمته هو الأهلية للعقوبة اذ يتخذ معه بدلاً منها تدبير واقى ، وأما العقوبة فيناله الشخص المذكور .

والمرعوس الذي ينفذ أمراً غير مشروع لرئيسه دون علم يعلم مشروعيته يعتبر مساهماً مع هذا الرئيس في الجريمة الواقعة ، وإن كان لا يعاقب مثله لتختلف الركن المعنوي في هذه المساهمة .

والموثق الذي يملئ على الفرد العادى بيانات كاذبة. يكتبها هذا الأخير في العقد الرسمى الجارى توثيقه ، تعتبر يد هذا الفرد امتداداً ليدّه ، وبالتالي تنسب اليه جريمة تزوير موظف في محرر رسمى دون حاجة الى نعتة بالفاعل المعنوى ، وأما الفرد الذى دون تلك البيانات فرغم أنه مساهم في تلك الجريمة بنشاطه المادى لا يعاقب على مساهمته فيها اذ يتخلف لديه الركن المعنوى .

والخادم الذى يأتى الى مخدومه بدجاجة الجار ، يعتبر مساهماً مع هذا المخدوم في سرقة الدجاجة ، ولا يعنينا بعدئذ أن نصفه في هذه المساهمة بالفاعل أو بالشريك .

والانسان الذى يحرض مجنوناً على رجل ما ، فيقتل هذا الرجل ذلك المجنون دفاعاً عن نفسه ، يعتبر مساهماً مع القاتل في جريمة القتل وان كان هذا الأخير لا يعاقب لوجود سبب من أسباب الاباحة هو الدفاع الشرعى .

ومن يشهد زوراً أمام القاضى فيحكم هذا بالحبس على من قدمت ضده الشهادة ، يعتبر مساهماً مع القاضى في حبس انسان بدون وجه حق وان كان العقاب على هذه الجريمة يتاله وحده ، لوجود سبب من أسباب الاباحة مقصور الأثر على القاضى وهو أداء الواجب .

هذا هو المعنى المستفاد من المساهمة الجنائية كما نظمها القانون الايطالى . وقد أكد هذا القانون ذلك المعنى في مواد منفصلة متفرقة ، فقضى بأنه اذا ارتكب انسان جريمة ما بسبب غلط ولده في نفسه آخر ، يسأل عن هذه الجريمة من تسبب في الغلط (م ٤٨) ، كما اذا أدخل انسان في روع آخر أن هناك شخصاً مقبلاً نحو الاعتداء عليه فأطلق عليه هذا النار بقصد الدفاع ثم اتضح أنه لم يكن هناك أى اقبال نحو الاعتداء من جانب المجنى عليه . وقضى كذلك في المادة ٤٥ بأن من يحمل انساناً بطريق التهديد على ارتكاب جريمة ، وهو الذى يسأل عن هذه الجريمة ، ونص في المادة ٨٦ على أن من أثار جنون شخص ليحمله على ارتكاب جريمة يكون مسؤولاً عن جريمة

هذا الشخص الواقعة منه على أثر الإصابة بالجنون . ونص في المادة ١١١ على أن من يحمل انساناً غير أهل للعقاب أو معنى منه لظرف أو صفة شخصية ، على ارتكاب جريمة ، يكون مسؤولاً عن هذه الجريمة .

القانون الايطالى استغنى اذن عن التفرقة بين الفاعل والشريك والفاعل المعنوى .

واذا كان القانون الالماني لا يزال مبقياً على هذه التفرقة ، فان ذلك راجع الى أسباب خاصة بهذا القانون ، منها أن المادة ٢/٤٩ منه تميز تخفيض العقوبة المستحقة على الشريك بالمساعدة الى حد يجعلها متساوية مع العقوبة على الشروع . ولا نرى في هذا النص أو في مثله ما يبرر الابقاء على التفرقة بين الفاعل والشريك ، لأن المراد بهذه التفرقة هو المواعدة بين عقوبة كل مساهم في الجريمة وبين دوره في هذه المساهمة الأمر الذى يستطيع القاضى أن يحققه باستخدام سلطته التقديرية في ظروف كل جريمة على حدها .

وعلى الرغم من أن القانون المصرى يختلف عن القانون الالماني ، ويتفق مع القانون الايطالى في جعل عقوبة الشريك مساوية لعقوبة الفاعل ، فانه ابقى مع ذلك التفرقة بينهما رغم انعدام المصلحة العملية فيها على ما بينا في بداية هذا البحث ، ورغم ما تثيره في وضع معيارها من صعوبات لا موجب لها يمكن تفاديها بالتفرقة في بساطة وحسب ظروف كل جريمة بين من كان له بين المساهمين فيها دور رئيسى ومن كان له دور ثانوى .

فالقانون الايطالى اذ ألغى التفرقة بين المساهمين في الجريمة الواحدة كان أكثر توفيقاً .

وقد تكفل هذا القانون باجازة تخفيف العقوبة على المساهم الذى يثبت أن دوره في الجريمة كان على جانب ضئيل من الأهمية .

ثم بين حكم الظروف المشددة والمخففة وأسباب الإباحة في امتداد سريانها من مساهم الى آخر .

فنصت المادة ١١٨ على أن « الظروف المشددة والمخففة للعقوبة تسرى اذا كانت مادية على كافة المساهمين في الجريمة ، ولو لم يكن العلم بها متوافراً لديهم أجمعين (١) . والظروف الشخصية غير اللصيقة بشخص المجرم نفسه ، والتي تشدد العقوبة على أحد المساهمين في الجريمة ، تسرى كذلك على الباقيين ولو لم يكونوا علمين بها ، اذا كانت قد يسرت تنفيذ الجريمة (٢) . وأى ظرف آخر يشدد أو يخفف العقوبة (٣) ، لا يسرى الا على الشخص الذى قام به هذا الظرف » .

ثم نصت المادة ١١٩ على أن « الظروف الشخصية المستبعدة لعقوبة أحد المساهمين في الجريمة ، لا تحدث أثرها الا بالنسبة للشخص الذى قامت به (٤) . والظروف المادية المستبعدة للعقوبة ، تحدث أثرها بالنسبة الى كافة من ساهموا في الجريمة (٥) » .

كما نصت المادة ١١٦ على أنه حين تكون الجريمة المرتكبة مغايرة لتلك التى كان يقصدها أحد المساهمين ، يسأل عنها هذا المساهم اذا كانت نتيجة للفعل أو الامتناع الواقع منه . ويقابل هذا النص المادة ٤٣ من قانون العقوبات المصرى .

هكذا نظم القانون الايطالى حكم الظروف المحيطة بالجريمة سواء أكانت مشددة أم مخففة أم مستبعدة للعقوبة ، وسواء أكانت شخصية غير لصيقة

(١) فى هذا يتفق القانون الايطالى مع القانون المصرى .

(٢) وهنا يختلف القانون الايطالى عن القانون المصرى ، لأن هذه الظروف فى القانون المصرى مثل صفة الطبيب فى الاجهاض أو الخادم فى السرقة لا يمتد أثرها مطلقاً من فاعل الى فاعل ولا تسرى من الفاعل الى الشريك الا اذا كان هذا عالماً بها ، وسبق أن بينا وجه الشلوذ فى ذلك وضرورة توحيد الحكم فى الحالتين .

(٣) يراد بمثل هذا الظرف ، ما هو لصيق بشخص المجرم من ظروف شخصية بمحة مثل المود وهذا ظرف مشدد ، ومثل صغر السن وهذا ظرف مخفف .

(٤) من هذا القبيل فى القانون المصرى أسباب الإيابة النفسية وأسباب الإعفاء من المسؤولية .

(٥) منها أسباب الإيابة المطلقة مثل الدفاع الشرعى .

بشخص المجرم أو لصيقة به ، أم كانت مادية ، وكذلك حكم الجريمة التي يرتكبها مساهم على خلاف الجريمة المقصودة .

وهو لم يرق في تحديد أثر تلك الظروف أو هذه الجريمة ، أية تفرقة بين المساهمين .

وحين قضى بامتداده من مساهم الى آخر أو عدم امتداده ، لم يفرق بين ما اذا كان المساهم الذي يمتد الأثر اليه فاعلاً أم شريكاً .

فكما يجوز أن يسرى أثر تلك الظروف أو الجريمة من فاعل الى فاعل آخر ، يجوز أن يسرى كذلك من فاعل الى شريك ، بل يجوز أن يمتد من شريك الى فاعل على خلاف المجمع عليه في القانون المصري (١) وعلى اعتبار أن الفاعل والشريك في القانون الايطالي يجمعهما سوية بدون أية تفرقة بينهما نعت المساهم في الجريمة .

فلو أن طبيباً ساعد فرداً عادياً في ارتكاب جريمة اجهاض ، فانه أخذاً بنظرية القانون الايطالي ، تعتبر صفة الطبيب ظرفاً شخصياً غير لصيق من شأنه أن ييسر تنفيذ الجريمة وبالتالي يسرى التشديد المترتب عليه حتى على الفرد العادي الذي تم الاجهاض على يديه ولو لم يكن هذا الفرد عالماً بتلك الصفة ، لأن نشاط الطبيب ونشاطه يندرجان سوية في جريمة واحدة تكون مسؤوليتهما عنها واحدة .

ذلك هو الاتجاه الحديث في نظرية المساهمة الجنائية .

وقد طرح قانون العقوبات المصري هذا الاتجاه ، مع أنه وضع سنة ١٩٣٧ بعد أن صدر قانون العقوبات الايطالي ونفذ سنة ١٩٣٠ . ذلك الاتجاه في تنظيمه لظروف الجريمة وسريان أثرها ، لم يفرق في امتداد

(١) أنظر مؤلف الأستاذ الدكتور محمود مصطفى ص ٢٥٣ ، ص ٢٥٤ .

هذا الأثر من الفاعل الى مساهم آخر أو عدم امتداده ، بين ما اذا كان هذا المساهم فاعلاً أم شريكاً . وأشرنا الى ذلك على التفصيل الذى أوردناه فى مقدمة هذا البحث ، وقلنا انه يدل على إنعدام وجه المصلحة العملية فى التفرقة بين الفاعل والشريك .

ونتناول فيما يلى ما قرره فى هذا الصدد مشروع قانون العقوبات الموحد للجمهورية العربية المتحدة .

* * *

نصت المادة ٥٧ من مشروع القانون الموحد تحت عنوان صور المساهمة على أنه « يعد فاعلاً للجريمة :

- ١ - من يحقق بسلوكه وحده أو مع غيره أركان الجريمة .
- ٢ - من يقوم قصداً أثناء ارتكابها بدور فعال فى تنفيذها .
- ٣ - من يحمل على تنفيذ الفعل المكون للجريمة شخصاً غير مسؤول عنها » .

وأول ما يلاحظ على هذه المادة ، أنها فصلت فى ثلاث صور ما كان يمكن أن تظمه صورة واحدة .

فالصورة الثانية تندمج فيها كل من الصورتين الأولى والثالثة . ذلك لأن من له دور فعال فى تنفيذ الجريمة ، قد يحقق بسلوكه وحده أو مع غيره أركانها ، وقد يحمل على تنفيذ الفعل المكون لها شخصاً مجنوناً أو صغيراً . فكونه يحقق أركانها بمفرده أو مع غيره ، هذا يجعل له فى تنفيذ الجريمة دوراً فعالاً ، كما يجعل له هذا الدور الفعال أن يسخر فى تنفيذ الفعل المكون لها مجنوناً أو صغيراً . فى الحالتين يعتبر صاحب الدور الفعال ، وبالتالي فقد كان ذكر الصورة الثانية يغنى عن ذكر الأولى والثالثة .

ونصت المادة ٥٨ من المشروع على أنه « يعد شريكاً فى الجريمة :

- ١ - من جرض على ارتكابها فوقعت بناء على هذا التحريض .
- ٢ - من اتفق مع غيره على ارتكابها فوقعت بناء على هذا الاتفاق .

٣ - من ساعد الفاعل بأية طريقة في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتئمة لارتكابها مع علمه بالجريمة وقعت بناء على هذه المساعدة .

هذا النص لا يختلف كثيراً عن نص المادة ٤٠ من القانون المعمول به .
ويلاحظ أن النصين يتطلبان في الجريمة الواقعة أن يكون وقوعها بناء على الاتفاق أو التحريض أو المساعدة ، أى أن تكون نتيجة لصورة من هذه الصور الثلاثة للسلوك ، وأن يكون بينها وبين هذه الصور اتصال المعلوم بالعلّة ، والا فلا يعتبر المتفق أو المحرض أو المساعد شريكاً فيها متى كان وقوعها من الناحية السببية منقطع الصلة باتفاقه أو تحريضه أو مساعدته .

هذا هو تعريف الشريك . وذلك هو تعريف الفاعل . ويفهم من تعريف الفاعل أن المقصود به شخص له في حدوث الجريمة دور فعال .

فحرى به أن يسمى بالفعال لا بالفاعل ، وقد قدمنا أن الفاعل هو وحده من ينقل يديه الفعل المكون للجريمة كما حدده نموذجها القانونى .

وفهم من تعريف الشريك ، أنه لو لا اتفاقه أو تحريضه أو مساعدته ما كانت تقع الجريمة . فنشاطه في وقوع الجريمة فعال هو الآخر ، ولا نرى داعياً للخص من فاعليته ، بل قد يكون في حالات خاصة أفعال من نشاط من يسمى بالفاعل .

وما دام الأمر يتعلق بنشاط يلزم فيه دائماً أن يكون فعالاً في انتاج الجريمة أى أن يكون بينه وبينها اتصال السبب بالمسبب بحيث لمولاه لما وقعت ، فانه من العيب بعد ذلك التفرقة بين ما اذا كان هذا النشاط فعالاً أو غير فعال .

فالمفروض أنه فعال في جميع الأحوال .

غاية الأمر تكون هذه الفاعلية على درجات تختلف باختلاف الصورة التى يشغلها النشاط . وقد يكون النشاط الذى سماه القانون اشتراكاً أفعال وأنظر من النشاط الذى سمي صاحبه فاعلاً .

فليست العبرة إذن بمن هو فاعل ومن هو شريك . وإنما العبرة بدرجة فاعلية السلوك الذى اتخذته المساهم ومدى أهميته فى إنتاج الجريمة بالكيفية التى حدثت بها .

ومعيار ذلك هو ما تنبئ به كل حالة على حدة ، وما يترأى أمام السلطة التقديرية للقاضى . فقد يرى أن المخرض - وهو المعتبر شريكاً - أخطر من تم تنفيذ الفعل المكون للجريمة على يديه ، فيشدد عليه العقوبة رغم أنه التزم فى أحداث الجريمة بمجرد التحريض عليها ، بحيث تصبح عقوبته أشد من عقوبة من تنفذت الجريمة على يديه .

ولا نرى ضرورة فى استبقاء هذه التفرقة بين الفاعل والشريك من بين المساهمين ، وقد نصت المادة ٦٠ من المشروع على أن من ساهم بوصفه فاعلاً أو شريكاً فى ارتكاب جريمة يعاقب بالعقوبة المقررة لها .

ويؤكد أن هذه التفرقة كان الإبقاء عليها فى المشروع غير ضرورى ، أن المشروع نفسه حين نظم أحكام الظروف المتصلة بالمساهمة ، لم يفرق فى امتداد أثر هذه الظروف الى غير من قامت به أو عدم امتداده ، بين ما اذا كان المساهم معه فاعلاً أم شريكاً .

هذا ما قرره المادة ٦١ حين نصت على أنه « اذا توافرت فى الجريمة ظروف مادية من شأنها تشديد العقوبة أو تخفيفها سرت آثارها على كل من ساهم فى ارتكابها فاعلاً كان أم شريكاً علم بها أو لم يعلم . »

وكذلك الحكم اذا توافرت ظروف مشددة شخصية أو مزدوجة متى كانت قد سهلت ارتكاب الجريمة .

أما ما عدنا ذلك من الظروف فلا يتعدى أثرها شخص من تعلقت به سواء كانت ظرفاً مشدداً أم مخففة .

هذا النص واضح فى عدم التفرقة بين الفاعل والشريك . ويلاحظ أنه أخذ بحكم القانون الإيطالى فى صدد الظروف الشخصية المشددة

غير اللصيقة بشخص المجرم ، ففرض بسريتها على كافة المساهمين فاعلين
كانوا أم شركاء ، علموا بها أو لم يعلموا ، مثل صفة الطبيب في الاجهاض
أو الخادم في السرقة ، متى كانت قد سهلت ارتكاب الجريمة .

ولم تفرق المادة ٦٢ منه كذلك بين الفاعل والشريك في صدد الأعداء
المعفية فنصت على أنه « اذا توافرت أَعْدَاءُ شخصية معفية من العقاب في حق
أحد المساهمين في ارتكاب الجريمة فلا يتعدى أثرها من تعلقت به . أما الأعداء
المادية المعفية من العقاب فانها تسرى في حق كل من ساهم في ارتكاب الجريمة .

وبالمثل فان المادة ٦٣ نصت على أنه اذا اختلف قصد مساهم في الجريمة
أو كيفية علمه بها عن قصد غيره من المساهمين أو عن كيفية علمه ، عوقب
كل منهم بحسب قصده أو كيفية علمه .

ونصت المادة ٦٤ على أن « من ساهم في جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت
غير التي قصد ارتكابها متى كانت الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجة محتملة
للمساهمة التي حصلت » .

فالمادتان لا تفرقان في حكمهما بين المساهمين حسب ما اذا كان الواحد
منهم فاعلا أم شريكاً ، وكلمتا المساهم والمساهمة تضمان الفاعل والشريك سوياً
لأنهما لأن المواد الخاصة بهما وردت تحت عنوان مشترك هو صور المساهمة (١) .

وما دام الأمر كذلك ووضع المشروع أحكام الظروف المتصلة بالجريمة
دون أن يفرق في هذه الأحكام بين المساهمين حسب صفتهم ، فقد كان يمكن
ألا يصير بعد هذا على ابقاء التفرقة بين من هو فاعل من بينهم ومن هو شريك .

كان يمكن إذن إلغاء هذه التفرقة والتسوية بين جميع من وقعت
الجريمة بناء على نشاطهم .

ولكن المشروع قد استبقى فئة الشركاء ، وسمح بأن يخرج منها لينضم
الى فئة الفاعلين ، كل من كان منهم ذا دور فعال في تنفيذ الجريمة .

(١) أخذ المشروع كذلك في المادة ٥٩ بحكم القانون الايطالي في صدد الاتفاق أو التحريض
الذي لا ينتج أثره ولا تقع الجريمة بناء عليه ، إذ قضى بأنه يطبق في صده تدبير إجرائي .

حول وراثة النساء عند العرب

في الجاهلية

للككتور محمود سدرم زناقى

مدرس القانون الرومانى بجامعة أسيوط
والمتدرب للتدريس بجامعة القاهرة - فرع المحسوطم

المقصود بوراثه النساء أو الخلافه على النساء ذلك التقليد الذى يقضى بأنه عندما يموت رجل عن امرأة يخلفه عليها أحد ورثته : ابنه أو أخوه أو غيرهما من أقاربه . وهو تقليد مارسه كثير من الشعوب القديمة ولازال يمارس بواسطة عدد كبير من الشعوب التى مازالت تمر بمراحل حضارية أولية . وقد عرف العرب فى جاهليتهم هذا النظام وظلوا يمارسونه الى أن ألغاه الاسلام .

وقد أساء كثير من الكتاب فهم تقليد الخلافه على النساء فأروا فيه نتيجة طبيعية لنظام الزواج بالشراء . فالزواج بالشراء - وهو الزواج الذى يتضمن قيام الزوج بدفع قدر من المال من أجل زوجته - يؤدى الى اكساب الزوج حق ملكية على زوجته . فالزوجة تعتبر جزءاً من أموال الزوج شأنها فى ذلك شأن صور الأموال الأخرى . فاذا مات الزوج آل حقه على زوجته الى من تؤول اليه بقية أمواله . فالوارث يرث الأرملة كما يرث غيرها من أموال التركة . والكتاب الذين تعرضوا لدراسة الزواج عند العرب ذهبوا نفس هذا المذهب ورأوا فى تقليد الخلافه على النساء تطبيقاً سليماً للقواعد التى تحكم انتقال أموال الميت الى ورثته .

الا أن الدراسات الأنثروبولوجية الحديثة حملت عدداً كبيراً من الكتاب على التخلّى عن النظر الى الزواج الذى يقترن بدفع قدر من المال من جانب الزاغب فى الزواج بوصفه زواجاً بالشراء بالمعنى الدقيق . كما أنه يبدو واضحاً

من هذه الدراسات أن تقليد الخلافة على النساء أو ما يطلق عليه وراثه النساء *Heritage des veuves, Inheritance of women* لا ينطوى على وراثه حقيقية . وبمخنا الحالى يستهدف دراسة تقليد وراثه النساء عند العرب فى الجاهلية فى ضوء الدراسات الأثنوبولوجية الحديثة على الخصوص ما كان منها متعلقاً بالشعوب والقبائل الافريقية مع الاستعانة بالدراسات المتعلقة ببعض الشعوب القديمة .

وستكون خطتنا فى البحث على النحو التالى :

دراسة تقليد وراثه النساء لدى الشعوب الافريقية المعاصرة .

ثم لدى بعض الشعوب القديمة .

وأخيراً لدى العرب فى الجاهلية .

(أولاً) تقليد وراثه النساء عند الشعوب الافريقية

سنحاول فيما يلى بيان الشعوب التى تمارسه وتحديد دور المرأة بالنسبة له وذكر الآثار المترتبة عليه وبعد ذلك نحاول الوقوف على طبيعته والأسباب التى دعت الى وجوده .

١ - الشعوب التى تمارس هذا التقليد :

تقليد الخلافة على النساء على جانب كبير من الذبوع والانتشار لدى القبائل الافريقية الوثنية . والقبائل التى تمارسه تنتمى الى مراحل حضارية متفاوتة . فلكل مرحلة من مراحل الحضارة التى يمكن تسميتها فى شىء من عدم الدقة بالحضارة البدائية قبائل تمثلها بالنسبة لهذا التقليد . فمن بين الشعوب التى تعرف هذا التقليد شعوب تعتمد فى معيشتها على الرعى والقتنص وشعوب تعتمد على الرعى والزراعة وشعوب تعتمد على الزراعة بصورة أساسية . ولقد حاولنا الوقوف على توزيع هذه الشعوب من الناحية الجغرافية لوجدناها منتشرة فى معظم نيجابات القارة الافريقية فى جنوبها وشرقها وغربها

فضلا عن أنها تنتمي الى أجناس مختلفة . ولذلك نستطيع القول دون خوف الوقوع في المبالغة أن هذا التقليد يكاد يكون عاماً لدى القبائل الافريقية الوثنية (١) .

٢ - دور المرأة في ظل هذا التقليد :

هذا بالنسبة لمدى انتشار هذه العادة . فاذا انتقلنا الآن الى نقطة أخرى وهى معرفة الدور الذى تلعبه الأرملة في ظل هذا التقليد وجدنا أن المرأة تتمتع لدى الغالبية العظمى من الشعوب بحرية كبيرة سوائى الخضوع لأحكام أم في اختيار الشخص الذى يحل محل زوجها . فلو أننا استعرضنا أحكام هذا التقليد لدى الشعوب المختلفة لوجدنا أن الأرملة يعترف لها أولاً بالحق في أن تختار بين الخضوع لهذا التقليد وعدم الخضوع له كما يعترف لها بالحق اذا رغبت في الخضوع له أن تختار القريب الذى تفضل الحياة معه .

فلدى الدنكا والنوير مثلاً لا تجبر الأرملة على البقاء في أسرة زوجها وانما تستطيع اذا رغبت أن تعود الى أسرتها . أما اذا فضلت الاستمرار

(١) تذكر من بين القبائل التى تمارس أو كانت تمارس هذا التقليد :

الموتنتوت I. Schapera, The Khoisan peoples ص ٢٥٤

التسوانا I. Schapera, A Handbook of Tswana law and custom ص ١٦٤ وما بعدها .

الكيزيميز Peristiany, The social institutions of the Kipsigis ص ٨٣

الأكبا lindblom, The Akamba ص ٨٤

السوكوما Hans Cory, Sukuma law and custom بند ٨٥ وما بعده .

الدنكا والنوير Seligman, Pagan Tribes of the Nilotic Sudan ص ١٦٣ ، ٣٨٩

الشيوك Audrey Butt, The Nilotes ص ٦١

النوير Howell, A Manual of Nuer law ص ٧٨

الباساي Merwer, Die Massai ص ٤٩

التونجا E. Colson, Marriage and the Family ص ٢١٤

الأتزاندي P. T. W. Baxter, The Azande ص ٦٩

داهومي Melville J. Herskovits, Dahomey ص ٣٢٥

في الحياة مع أهل زوجها قلها أن تختار أحد أخوة زوجها المتوفى أو أحد
أبنائه من زوجة أخرى بل قد يسمح لها بأن تختار أى شخص من عشيرة
زوجها (١) .

ولدى الكجاتلا (إحدى قبائل التسوانا) (٢) كان للأرملة حرية اختيار
الرجل الذى تقبله عشيراً لها . وكان ذلك يتم عن طريق الاجراء التالى :

بعد انتهاء فترة الحداد ببعض الوقت كانت تقام وليمة صغيرة في بيتها
يحضرها أقارب الزوج . وتجلس الأرملة في وسط الفناء بجوار قدر كبير
مملوء جعة . فكان الأخ التالى لزوجها يذهب الى القدر ويرفع عنه الغطاء
فإذا كانت لا ترغب فيه كانت تعيد الغطاء وعندئذ يتقدم الرجل التالى
في الترتيب ويأخذ نفس الحركة ويستمر ذلك حتى تترك الأرملة الغطاء باقياً
في مكانه وتبدأ في تقديم الجعة . فيكون ذلك علامة على أنها اختارت هذا
الرجل بالذات . الا أنه كان من حقها أن ترفضهم جميعاً اذا كان لها ابن
كبير يمكنه أن يرعاها ويرعى ثروة أبيه (٣) .

ويتحدث Merher عن هذا التقليد لدى الماساى فيقول :

“ Wird die Ehe durch den Tod des Maunes aufgelöst, so kann
die Witwe mit ihrem Willen in den Besitz dessen ältesten Bruder
oder Habsuder übergehen ” (٤)

” اذا انحل الزواج بوفاة الزوج فان الأرملة تستطيع بارادتها أن تنتقل
الى حيازة أخيه الأكبر الشقيق أو غير الشقيق ” .

(١) الدنكا Seligman ص ١٦١ ، النور Howell ص ٨٠

(٢) يطلق على هذا التقليد لدى التسوانا عبارة معناها « to enter her hut » .

(٣) أنظر A Handbook Schapera ص ١٩٤ وما بعدها و Married life in an

African Tribe ص ٣١٨

(٤) Die Massai ص ٤٩ ، أنظر أيضاً السوكوما بند ٨٥ ، الكينجيز ص ٨٣ ،

القرنجا ص ٢١٥

وأضحى مما تقدم اذن أن هذا التقليد ينظر اليه لدى كثير من القبائل بوصفه حقاً للمرأة لما أن نفيد منه اذا رأت أن مصلحتها في الخضوع له ولها أن تتنازل عنه اذا رأت أن مصلحتها في عدم الخضوع له . واذا أرادت الخضوع له فإنها تتمتع بحرية كبيرة في اختيار الشخص الذى ترغب فى أن يحل محل زوجها .

٣ - الأشخاص الذين لهم حق معايشة الأرملة :

تختلف تكوين قائمة الأشخاص الذين لهم حق بالنسبة للأرملة من قبيلة الى أخرى . لكن يمكن القول كقاعدة عامة أن الأشخاص الذين يأتون فى المقدمة هم الأبناء والأخوة ثم غيرهم من الأقارب الأقربين حسب درجة قربانهم . وللابن أن يأخذ نساء أبيه فيما عدا أمه (١) . وللأخ عند عدم وجود أولاد للميت أو فى حالة كون هؤلاء مازالوا صغاراً أن يأخذ زوجة أو زوجات أخيه . واذا تعدد أخوة الميت تقسم بينهم زوجاته . ويقضى العرف لدى بعض القبائل بالأب أن يأخذ الأخ الأكبر أرملة أخيه الأصغر لأنه يعتبر بمثابة أب بالنسبة له بينما لدى البعض الآخر يفضل الأخ الأكبر على الأصغر فى هذا الخصوص . والقاعدة أيضاً أن يفضل الأخ الذى لم يتزوج بعد على الأخ الذى لديه زوجة .

الا أنه من الممكن للأرملة أن تعيش مع شخص آخر بخلاف هؤلاء وطالما أن هذا الشخص الذى اختارته ينتمى الى أسرة الزوج أو أقاربه الأقربين أو حتى عشيرته فنادراً ما يثير ذلك صعوبات بالنسبة لها حيث أن الأولاد الذين تنجبهم منه يرحب بهم بصفتهم أبناء لزوجها المتوفى . لكن ليس للأرملة اذا قررت البقاء مع أهل زوجها أن تتخذ عشيراً لها من خارج عشيرتهم . واذا فعلت فانهم يظهرون نحوها ازدراء واحتقاراً

(١) لا يحدث ذلك عادة الا فى حالة الرجل المسن الذى يموت تاركاً أرملة شابة . فمن العادة اذا مات الرجل وهو حديث السن فان أولاده يكونون أصغر من أن يتصرفوا بالامانة واذا مات وهو مسن فان زوجاته يكن عادة مسنات ويمشن مع أولادهن . (٢٠٠٠ : ١٠١)

ويقدّمون لها المتاعب وقد ينتهي الأمر بطردها وإعادتها إلى أسرتها ومطالبة
 زوجها الأخيرة برد المهر الذي دفع من أجلها إذا لم تكن قد أنجبت عدداً كافياً
 من الأولاد . بل لأسرة زوجها في هذه الحالة أن تطالب بتعويض عن الزنا
 من الشخص الغريب الذي يعاشرها (١) .

٤ - الآثار المترتبة على تقليد وراثه النساء :

ترتب على تقليد وراثه النساء الآثار الآتية :

(١) يكتسب ابن الزوج أو أخوه أو غيرها من أقاربه الحق
 في معاشره الأرملة جنسياً . لكن الاتصال الجنسي بالأرملة
 ليس حقاً لمن يعاشرها فحسب وإنما هو واجب عليه أيضاً .
 فالعرف يقضي لدى بعض القبائل بضرورة اتصال الرجل
 بالأرملة حتى ولو كانت أكبر منه سناً وذلك حتى تصل
 إلى سن اليأس . ولا يجزئ الرجل على إهمال الأرملة من الناحية
 الجنسية نظراً لأن هناك اعتقاداً سائداً لدى هذه القبائل
 بأن الأسلاف في هذه الحالة سيناقبونه بالموت (٢) . ولدى
 البعض الآخر يستنكر الرأي العام موقف خلف الزوج
 الذي لا يتصل بالأرملة من وقت إلى آخر (٣) .

(ب) يبقى الزواج الأول قائماً وتبقى الأرملة زهجة لزوجها المتوفى
 والأولاد الذين تلدهم نتيجة اتصالها بخلف الزوج يعتبرون
 أولاد الزوج وينسبون إليه ويرثون منه . فهم لا ينسبون
 إلى والدهم الحقيقي أو العضوي وبالتالي لا يرثون منه لأنهم
 يعتبرون تابعين لبيت آخر . وهم لا ينادون عشير أمهم
 الذي أنجبهم بكلمة أب وإنما باصطلاح العلاقة القانونية

(١) التور Howell من ٧٩ ، التسوانا ص ١٦٦

(٢) داهوني من ٣٢٥ .

(٣) التسوانا ص ١٦٦

التي تربطه بهم كم مثلاً . والأولاد الذين تم حملهم وولادتهم بعد وفاة الزوج يعاملون على قدم المساواة مع الأولاد الذين ولدوا قبل وفاته فالجميع يعتبرون أولاده (١) .

(ج) يلتزم عشير الأرملة بأن يرعاها وأولادها ، بأن يساعدها في زراعة حقولها وبأن يشرف على ماشية زوجها وبأن يوفر لها الملابس وبأن يحمها ويدافع عنها . وبصفة عامة يسهر على سعادتها وسعادة أولادها ويكون ولياً لها وأولادها .

(د) إذا كان للأرملة ابن كبير فليس من اللازم أن تعاشر أحداً من أقارب زوجها فقد تفضل الإقامة مع ابنها الذي يتكفل برعايتها وتوفير الطعام والملبس لها .

(هـ) إذا رفضت الأرملة معاشرة أحد من أقارب زوجها فلها إذا شاءت أن تعود الى بيت أبيها وتأخذ معها أولادها الصغار لتشرف على تربيتهم ويعود هؤلاء الى أسرة أبهم عندما يكبرون . ولها أن تزوج ثانية إذا شاءت كما لها أن تبقى دون زواج إذا فضلت ذلك أو لم تتح لها فرصة الزواج . لكن أسرة الأرملة تلتزم عندئذ برد المهر إذا لم تكن قد أنجبت لزوجها أولاداً أو جزءاً منه إذا لم تكن قد أنجبت عدداً كافياً منهم . ويقتدر عادة الى زواج الأرملة ثانية حيث يقوم أهلها باعطاء أهل الزوج الميت المهر الذي يدفعه الزوج الجديد . أما إذا فضلت الأرملة البقاء مع أهل زوجها فيتعين عليها

(١) لدى القونجا ينتمي الأولاد الى عشير المرأة التي أنجبهم . وفي ذلك تقول

“ The widow becomes his wife, who will bear him children of whom he will be both physical and legal father ” Elizabeth Colsen ص ٢١٥

إلا أن ذلك لا أهمية له كثيراً لدى القونجا. حيث أنهم يسيرون على مبدأ النسب الإي فلزواج المرأة سواء تن زوجها الميت أم من التي حل محله يعتبرون أعضاء في أسرته وينسبون اليها ويرثون منها .

عندئذ أن تختار أحد أقاربه عشيراً لها فإذا رفضهم جميعاً وقبِلت شخصاً غريباً كمشير لها فإن من حق أقارب الزوج أن يطالبوا عشيرها بتعويض لأن عمله هذا ينطوي على زنا حيث أن المرأة تعتبر مازالت في عصمة زوجها . إلا أن الأولاد المولودين حتى في هذه الحالة يعتبرون أولاد الزوج المتوفى . لكن لاشك أن الحالة التي تتخذ فيها الأرملة عشيراً من غير أقارب زوجها رغم اعتراض هؤلاء نادرة الحدوث .

٥ - طبيعة هذا التقليد وأسباب وجوده :

قدّمنا أن كثيراً من الكتاب الأقدمين أساءوا فهم طبيعة الخلافة على النساء فأروا فيه مظهراً من مظاهر انحطاط وضع المرأة لدى الشعوب التي تمارسه ففي رأيهم أن المرأة في ظل هذا النظام تعتبر جزءاً من تركة زوجها المتوفى شأنها في ذلك شأن الماشية والمنقولات الأخرى التي تتكون منها التركة ، وأن المرأة تؤول الى الوارث كما تؤول اليه بقية الأموال . ومعنى ذلك بعبارة أخرى أن حق الملكية الذي كان للزوج على زوجته ينتقل بوفاته الى وارثه فيصبح هذا الأخير مالِكاً للمرأة (١) . والواقع أن هذه النظرة كما رأينا نتيجة طبيعية ومنطقية لنظرتهم الى الزواج المقترن بمهر بوصفه شراء للزوجة من جانب الزوج مقابل الثمن الذي يدفعه ممثلاً في المهر . فلما كان الزواج في عرفهم شراءً فإن الزوج يكتسب على زوجته حق ملكية فإذا مات كان من الطبيعي أن ينتقل حقه عليها الى الشخص الذي تنتقل اليه حقوقه على أمواله الأخرى .

إلا أن هذا التكييف لطبيعة تقليد الخلافة على النساء ان كان يمتاز بالبساطة والمنطق فإن أساسه غير سليم . فهو يقوم على فكرة أن الزواج

(١) يضرب لذلك مثلا B. N. Follaipe في مقاله المنشور في Encyclopaedia of Religion and Ethics حيث يقول " Many primitive peoples, especially in Africa, regard wives and daughters as an important part of the estate, to be transmitted in accordance with regular rules of inheritance, with the rest of property."

ج ٧ تحت كلمة Inheritance .

المقترن بمهر انما هو شراء وقد سبق أن رأينا أن هذه النظرية لم يعد مسلماً بها الآن . فلم يعد الباحثون ينظرون الى الزواج المقترن بمهر بوصفه شراء ولا الى المهر بوصفه ثمناً للزوجة . وكان يمكن أن يكفى في نفي الرأى القائل بأن المرأة تورث كما تورث بقية أموال الزوج الميت الاحتجاج بأن الزواج لا يعطى الزوج على زوجته حق ملكية وبالتالي لا يستطيع أن يورث زوجته لأحد ورثته تطبيقاً لقاعدة أن فاقد الشيء لا يعطيه . لكننا سنبين فيما يلى أن رأى هذا الفريق من الكتاب مبنى على خطأ في فهم هذا النظام . وأن هذا النظام كما نجده ممارساً لدى معظم الشعوب الافريقية بعيد كل البعد عن أن يكون وراثه للأرملة بواسطة وارث الزوج المتوفى وأن المرأة في ظله بعيدة كل البعد عن أن تكون جزءاً من التركة مثلها مثل الماشية والمنقولات الأخرى .

وهاهى ذى فيما يلى الأدلة التى نراها واضحة في نفي هذه الصفة عن تقليد الخلافة على النساء .

(١) أول هذه الأدلة وأقواها في نظرنا هو ما تتمتع به الأرملة من حق الاختيار بين الخضوع لأحكام هذا النظام أو عدم الخضوع له . فقد رأينا أن الأرملة لها الحق في أن تستمر في الحياة مع أهل زوجها والخضوع لهذا النظام . كما أن لها الحق في أن تعود الى أسرته فتتقضى الخضوع له . وفضلاً عند ذلك رأينا أن المرأة اذا قبلت الاستمرار في الحياة مع أهل زوجها وأبدت بذلك استعدادها للخضوع لأحكام هذا النظام كانت لها الحرية في أن تختار الرجل الذى تقبل أن يعاشرها . وليس هناك أوضح من ذلك دليلاً على أن هذا النظام بعيد كل البعد عن أن يكون وراثه للمرأة بواسطة وورثة الزوج وعن أن تكون المرأة فيه موضوعاً لحق ملكية ينتقل من المورث الى وارثه . فليس من المتصور أن تكون المرأة جزءاً من التركة ومع ذلك تستطيع أن تحول بين نفسها

وبين الوارث وليس من المتصور أن تكون المرأة جزءاً من التركة وتحكم في اختيار من تؤول إليه ، فان ذلك من شأنه أن يقلب أحكام الموارث رأساً على عقب .

(ب) ثاني هذه الأدلة هو أن الأرملة اذا كان لها ابن كبير يستطيع رعايتها والقيام عليها فانها لا تخضع لهذا النظام حتى ولو رغبت في الاستمرار في الحياة مع أهل زوجها . ويقتصر الأمر عندئذ على أن تعيش الأم مع ابنها حيث يقوم هذا الأخير برعايتها والعناية بها . فهذه الأرملة اذن لا تؤول الى أخ زوجها أو الى ابن له من زوجة أخرى .

(ج) على الرغم من أن الأرملة تتمتع بحق العودة الى أسرتها فالملاحظ عملاً أن معظم الأرامل يفضلن البقاء مع أهل أزواجهن والخضوع لنظام الخلافة على النساء . ومعنى ذلك أن الأرامل يجدنه محققاً لمصالحهن . فالأرملة التي لم تنجب أولاداً ستحتاج لها فرصة أخرى بمعاشرة قريب الزوج ، فلا عليها أن تعود الى أسرتها وترد هذه مهرها وتسمى هي الى زواج جديد قد توفق اليه وقد لا توفق . والأرملة التي أنجبت أولاداً مازالوا صغاراً من مصلحتها أن تبقى معهم وأن تربهم في بيت زوجها . حيث نجد من الرجل الذي حل محل زوجها خير مساعد لها في توفير أسباب الحياة لها ولأولادها . فمشر الأرملة عليه واجبات في مواجهتها مقابل الحقوق التي له عليها . بل ان واجباته في مواجهتها قد تزيد على حقوقه عليها . فالأولاد الذين يوللون منها لا ينتمون اليه وانما ينتمون الى زوجها الميت . فكان كل ما يحصل عليه منها هو مجرد الحق في الاتصال بها جنسياً . والظاهر أن ذلك أيضاً أقرب الى أن يكون عبثاً عليه من أن يكون مزية له . فالغالب أن تكون الأرملة قد تجاوزت سن الشلب والغالب أن تكون

قد فقدت من أنوثتها وجاذبيتها . ولذلك فإننا نجد تقاليد بعض القبائل تقضى بضرورة أن يتصل قريب الزوج بالأرملة جنسياً كلما جاء دورها وبألا يحرمها من هذا الحق حتى تصل الى سن اليأس ولدى البعض الآخر يستنكر الرأى العام موقف العشير الذى لا يتصل بالأرملة من وقت الى آخر .

لكن اذا كان الأمر كذلك فكيف يمكن تفسير نشأة هذا النظام . الواقع أن هذا النظام يستند الى عدة اعتبارات : الاعتبار الأول هو رعاية الأرملة وأولادها . قد يقال أنه ليس من الضروري وجود مثل هذا النظام لا مكان رعاية مصلحة الأرملة وأولادها وأن أقارب الزوج المتوفى سيتكفلون بذلك دون حاجة الى مثل هذا النظام وقد يحتج لذلك بأن روح التضامن بين الأقارب خير ضامن لاهتمام أقارب الزوج بأرملته وأولاده ورعايتهم لمصالحهم . لكن كلنا يعرف أن انكار الذات المستمر والتضحية الدائبة ليست من طبيعة البشر وأن الشخص الذى قد يعهد اليه برعاية الأرملة والأولاد يوشك مع مرور الزمن أن يتراخى فى أداء واجباته نحوهم أو أن يهمل فى منحهم القدر اللازم من الرعاية والعناية وليس سوى خلق رابطة وثيقة بين الأرملة وهذا الشخص وسيلة لحمله باستمرار فى العناية بهم وليس هناك أفضل من إيجاد رابطة أقرب الى الرابطة الزوجية تقويها وتشد من أزرها الحياة اليومية بما تقتضيه من التعاون وتبادل المنفعة . فنظام الخلافة على النساء فى نظرنا خير وسيلة لكفالة الاهتمام بمصالح الزوج المتوفى التى تتمثل فى زوجته وأولاده . لكن من الممكن أن تنضاف الى هذا الاعتبار اعتبارات أخرى . فطالما أن الأرملة شابة قادرة على الانجاب فينبغى ألا تترك طاقة انجابها معطلة فليس ذلك فى مصلحتها ولا مصلحة الجماعة التى ينتمى اليها الزوج . فللمرأة مصلحة ظاهرة فى أن تصبر أما وفى أن ترى عدد أولادها فى تزايد مستمر . كذلك من الواضح أن لجماعة الزوج مصلحة فى أن يزداد عدد أفرادها ففى زيادتهم زيادة لقوتها ورفعة لمكانتها .

٢٢٢ (ثانياً) تقليد وراثة النساء عند الشعوب القديمة

من الشعوب القديمة التي عرفت تقليد وراثة النساء في صورة أو أخرى من صوره الآشوريون والعبريون .

ف لدى الآشوريين كان يلجأ الى تقليد وراثة النساء بالنسبة للأرملة سواء أكان لها أبناء أم لم يكن . وكان واجب الزواج منها ملقى على عاتق أخوة الزوج الميت . فإذا لم يكن للميت أخوة كان أبوه يصبح ملزماً بهذا الواجب . فإذا لم يكن للميت أخوة أو أب فان هذا الواجب يمتد الى أبناء الميت من زوجة أخرى أو أبناء أبنائهم (١) .

كذلك لدى العبريين كانت العادة أن يتزوج الأخ أرملة أخيه الذي لم ينجب أبناءً وكان الابن البكر الذي يولد من هذا الزواج يعتبر ابناً للرجل الميت فيحمل اسمه ويرث ثروته . وننقل فيما يلي النص الخاص بهذا النوع من الزواج عن الديبرونامه (Deut. 25, 5-10) (إذا كان أخوة يقيمون معاً ومات أحدهم دون ابن فان زوجة الميت لا تتزوج في الخارج من أجنبي ، أنحو زوجها يذهب إليها ويأخذها كزوجة بوصفه أخ زوج . والمولود الأول الذي تلده تحلف الأخ الميت ويحمل اسمه حتى لا يمحي اسمه من اسرائيل . وإذا لم يرق لهذا الرجل أن يأخذ زوجة أخيه عندئذ تذهب زوجة أخيه نحو البوابة الى الشيوخ وتقول « أخو زوجي يرفض رفع اسم أخيه في اسرائيل ولا يريد الزواج مني بحق أخى الزوج » . عندئذ يدعو شيوخ مدينته ويكلمونه وإذا أصر وقال لا أريد أن آخذها . عندئذ تقرب منه زوجة أخيه أمام الشيوخ وتسحب نعله وتبصق في وجهه وتتكلم قائلة « هكذا يفعل بالرجل الذي لا يقيم بيت أخيه . ويطلق على اسمه في اسرائيل بيت الذي سحب نعله » (٢) .

واضح أن ما يتضمنه هذا النص إنما هو بيان لصورة من صور الخلافة على النساء ونلاحظ أن الخلافة على النساء لدى العبريين طبقاً لما هو مبين

(١) E. Neufeld Ancient Hebrew Marriage Laws ص ٥١

(٢) المؤلف السابق ص ٢٢

في هذا النص يشبه الخلافة على النساء لدى الشعوب الافريقية من بعض الوجوه لكن يختلف عنه بالنسبة للبعض الآخر .

فتقليد الخلافة على النساء لدى اليهود يشبه تقليد الخلافة على النساء لدى الشعوب الافريقية من الوجوه الآتية :

(ا) أن الشخص الأول من غيره في معاشرة الأرملة هو أخو الزوج الميت .

(ب) أن الابن الذي يولد من العلاقة بين الأرملة وأخي زوجها ينسب الى الزوج الميت .

(ج) أن معاشرة الأرملة واجب ملقى على عاتق أخي الزوج وليس مجرد حق له . يتضح ذلك لدى اليهود من التحقير والامانة العلنية التي يتعرض لها الأخ الذي يرفض القيام بهذا الواجب . فهذا الواجب يعتبر في الواقع تطبيقاً من التطبيقات المتعددة لروح التضامن السائدة بين ذوى القربى والتي يعتبر الاخلال بمقتضاياتها ذنباً جسيماً يعرض صاحبه بسخط الرأي العام في جماعته .

الا أن الخلافة على الأرامل لدى العبريين - على الأقل في صورتها التي انتهت اليها وسجل بها في الدوتيرونامه - تختلف عن الخلافة على الأرامل لدى الشعوب الافريقية من الوجوه التالية :

(ا) واجب الزواج من الأرملة ينحصر طبقاً للنص السابق في أخوة الزوج الميت . ومعنى ذلك أن غيرهم من الأقارب ليس ملزماً به . على خلاف الحال لدى القبائل الافريقية حيث يقع واجب معاشرة الأرملة على عاتق أقارب الميت الأقربين حسب ترتيبهم في درجة القرابة اليه . فاذا امتنع الأقرب عن استخدام حقه حل محله فيه من يليه في الدرجة .

(ب) لا محل للخلافة على الأرملة لدى اليهود في حالة موت زوج دون أن يترك ابناً . بينما الخلافة على الأرملة لدى الشعوب الافريقية يلجأ اليها في الحالين أي سواء أكانت الأرملة قد أنجبت أم لم تنجب لزوجها أولاداً .

(ج) طبقاً لأحكام تقليد زواج الأخ من أرملة أخيه — لدى اليهود — الابن الأول فقط الذي تنجبه الأرملة من معاشره أخي زوجها هو الذي ينسب الى الزوج الميت . أما الآخرون فانهم ينسبون الى من أنجبهم . على خلاف الحال لدى القبائل الافريقية حيث ينسب جميع الأولاد الذين يولدون من العلاقة بين الأرملة ومن حل محل زوجها الى الزوج الميت .

ويذهب بعض الباحثين في نظام زواج الأخ من أرملة أخيه لدى اليهود الى أن هذا النظام يستهدف حماية الأرملة التي لا ولد لها . فالأرملة التي لا ولد لها في أبس الحاجة الى الرعاية حيث أن وضعها كان في غاية السوء سواء من الناحية المالية أم من الناحية الاجتماعية . فمن الناحية المالية لم تكن الأرملة التي لا ولد لها تصيب شيئاً من أموال زوجها على خلاف التي لها أولاد فان هؤلاء كانوا يرثون من أبيهم وكانوا ملزمين بالانفاق على أمهم . ومن الناحية الاجتماعية كانت الأرملة التي لا ولد لها ينظر اليها باعتبارها معاقبة من الآله وكانت مجردة من كل احترام ومنبوذة من المجتمع ويفسر ذلك ماكانت تجرى عليه عادة المرأة العبرية في الأزمنة القديمة من دعاها ربها قائلة « اعطى أولاداً ، والا أموت » (١) . فالخلافة على الأرملة لدى العبريين كانت تستهدف في الواقع مصلحة الأرملة الى جانب الأغراض الأخرى التي كانت تحققها من إيجاد وارث لزوجها الميت ومن زيادة عدد أفراد جماعته .

(ثالثاً) تقليد وراثة النساء عند العرب

لم يشذ عرب الجاهلية عن غيرهم من الشعوب التي كانت أو ما تزال تعيش في ظروف مماثلة لظروف حياتهم . فقد عرفوا هم أيضاً نظام الخلافة على النساء وظلوا يمارسونه حتى نزلت الآيتان الكريمتان :

”يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا“

”وَلَا تَتَكَبَّحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ“ (١) .

فآية الأولى تحرم وراثة النساء رغمًا عن إرادتهن وتحرم الثانية أن يخلف الابن أباه على زوجته بصورة مطلقة أى حتى ولو كان ذلك برضاها .

وقد كان تفسير هاتين الآيتين فرصة للمفسرين لكي ينقلوا اليها أخبار وراثة النساء كما كان يمارسها العرب في جاهليتهم . فقد ذكر ابن جرير الطبري في تفسيره للآية الأولى أن الله « تبارك وتعالى .. يقول لا يحل لكم أن تروثوا نكاح نساء أقاربكم وآبائكم . كرهاً . فان قال قائل كيف كانوا يروثونهن وما وجه تحريم وراثتهن فقد علمت أن النساء مورثات كما الرجال مورثون . قيل ان ذلك ليس من معنى وراثتهن اذا هن من فتركن مالا وانما ذلك أنهن في الجاهلية كانت احداهن اذا مات زوجها كان ابنه أو قريبه أولى بها من غيره ومنها بنفسها ان شاء نكحها وأن شاء عضلها فنعها من غيره ولم يزوجها حتى تموت فحرم الله تعالى ذلك على عباده وحظر عليهم نكاح حلائل آبائهم ونساءهم عن عضلهم عن النكاح » .

فابن جرير يوضح أن المقصود بوراثته النساء ليس هو وراثته - أموالهن كما قد يتبادر الى الذهن - وانما المقصود بها تلك العادة المعروفة لدى العرب في الجاهلية والتي كانت تقضى بأن يرث أقارب الميت نكاح زوجته . .

ويقرر ابن جرير بعد ذلك أن النحو الذي ذهب اليه في تفسير هذه الآية هو النحو الذي ذهب اليه غيره من أهل التأويل . وقد أورد عدة روايات في تفسير هذه الآية عن عدد من المفسرين . والروايات التي ذكر

يشبه بعضها البعض أحياناً وأحياناً تتفاوت فيما بينها . وسنختار فيما يلي الروايات التي تتضمن معلومات إضافية تاركين تلك التي لا تنطوي على شيء جديد (١) .

عن ابن عباس قال : كانوا إذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته إن شاء بعضهم تزوجها ، وإن شأوا لم يزوجوها وهم أحق بها من أهلها .

عن السدي : إن الرجل في الجاهلية كان يموت أبوه أو أخوه أو ابنه فإذا مات وترك امرأته فإن سبق وارث الميت فألقى عليها ثوبه فهو أحق بها أن ينكحها بمهر صاحبها أو ينكحها فيأخذ مهرها وأن سبقته إلى أهلها فهم أحق بنفسها .

عن ابن زيد : كانت الوراثة في أهل يثرب بالمدينة ههنا . فكان الرجل يموت فيرث ابنه امرأة أبيه كما يرث أمه ، لا يستطيع أن تمتنع فإن أحب أن يتخذها كما كان أبوه يتخذها ، وإن كره فارقها ، وإن كان صغيراً خبست عليه ، حتى يكبر فإن شاء أصابها ، وإن شاء فارقها .

عن مجاهد قال : كان إذا توفي الرجل كان ابنه الأكبر أحق بامرأته لينكحها إذا شاء - إذا لم يكن ابنها - أو يتكحها من شاء أخاه أو ابن أخيه .

عن عكرمة قال : نزلت في كبيشة بنت معن بن عاصم من الأوس توفي عنها أبو قيس بن الأسيد فجنح عليها ابنه فجاءت النبي (صلم) فقالت يا نبي الله لا أنا ورثت زوجي ولا أنا تركت فأنكح فزلت هذه الآية :

ويثنى ابن جرير إلى أن تلویل هذه الآية يكون على النحو التالي :

(١) في إيرادها لهذه الروايات اكتفينا بذكر المصدر الأخير الذي نقلت عنه الرواية دون تتبع سلسلة النعمة من البداية إلى النهاية لأن الذي همنا هو فحوى الرواية أكثر منه سلسلة روايتها ولأن شاء الوقوف على تفصيل الرواة أن يرجع إلى الأصل في تفسير ابن جرير .

”يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا آباءكم وأقاربكم نكاح نسائهم
بكرها“ فترك ذكر الآباء والأقارب والنكاح ووجه الكلام الى النبي عن وراثة
النساء ، اكتفاء بمعرفة المخاطبين بمعنى الكلام اذ كان مفهوماً معناه عندهم .

وذكر القرطبي في تفسير هذه الآية مايلي : وقد كان في العرب قبائل
قد اعتادت أن يخلف ابن الرجل على امرأة أبيه ، وكانت هذه السيرة في الأنصار
لازمة وكانت في قريش مباحة مع التراضي . ألا ترى أن أبا عمرو ابن أمية
خلف على امرأة أبيه بعد موته فولدت له له مسافراً وأباً مُقيط ، وكان لها
من أمية أبو البيص وغيره فكان بنو أمية أخوة مسافر وأبي مُقيط وأعمامهما .

وفي تفسير الآية الثانية «ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء»
ذكر ابن جرير أن هذه الآية نزلت في قوم كانوا يخلفون على حلال
فجاء الاسلام وهم على ذلك فحرم عليهم المقام عليهن وعقلم عما كان سلفاً
منهم في جاهليتهم بينما يروى القرطبي في تفسيرها أن الناس كانوا يزوجون
امراً الأب برضاها بعد نزول قوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم
أن ترثوا النساء كرها» حتى نزلت هذه الآية فصار حراماً في الأحوال كلها .

نستطيع الآن أن نستخلص من الروايات المختلفة السابقة الخصائص
التي كان يتسم بها تقليد الخلافة على النساء كما كان ممارساً لدى العرب
في الجاهلية . هذه الخصائص هي :

١ - صاحب الحق في معاشرة الأرملة هو ابن الميت أو أخوه أو أحد
عصبته الآخرين . وإذا تعدد الأبناء فالابن الأكبر هو صاحب الحق المتقدم .
وإذا كان الابن صغيراً حبست عليه الأرملة حتى يكبر . وإذا لم يكن للميت
أبناء مطلقاً فإن حق معاشرة أرملة يكون لأخيه . فإذا لم يكن له أخوة آل
هذا الحق الى غصبة الأقرب فالأقرب .

٢ - لا يذفع من يخلف الميت على أرملة صداقاً سوى الصداق
الذي دفعه الميت . ولن يخلف على الأرملة أن يزوجها ويأخذ صداقها .
أو أن يعضلها فلا هو يزوجه ولا هو يفارقها حتى تغتدي نفسها . . .

٣ - لم يكن يشترط لممارسة هذا التقليد عدم وجود أبناء للميت بل كان من الممكن الالتجاء اليه حتى ولو كان الميت قد ترك وراءه أبناء .

٤ - كانت هناك طريقة شكلية - معينة كان على الوارث أن يتبعها لإعلان إرادته استخدام حقه في معايشة الأرملة وهي أن يلقي بثوبه عليها . كما كان للأرملة وسيلة تستطيع بمقتضاها أن تنفادى الخضوع لهذا التقليد وهي أن تلحق بأهلها قبل أن يلقي وارث الزوج ثوبه عليها .

٥ - يروى القرطبي أن هذه السيرة كانت في الأنصار لازمة وكانت في قریش مباحة مع التراضي .

والآن بعد أن وقفنا على خصائص الخلافة على النساء لدى العرب في الجاهلية - بقلنا ما سمحت لنا به المعلومات التي وصلت إلينا عنه - نستطيع أن نقد مقارنة بينها وبين خصائصها لدى الشعوب الأفريقية المعاصرة .

هناك أولاً وجوه شبه ظاهرة :

١ - الأشخاص - الذين لهم الحق في معايشة الأرملة لدى العرب هم أبناء الميت من زوجة أخرى أو أخوته أو عصبته الآخرون على الترتيب السابق فيما بينهم . وقد رأينا أن هذه أيضاً هي القاعدة لدى الشعوب الأفريقية .

٢ - لم يكن العرب يشترطون لامكان الالتجاء إلى هذا التقليد ألا يكون للميت ذرية وإنما كانوا يلجأون إليه حتى ولو كان الميت قد ترك وراءه أولاداً وهو نفس ما تجرى عليه الشعوب الأفريقية .

٣ - لم يكن العرب يتطلبون من صاحب الحق في معايشة الأرملة أن يدفع مهرأ جديداً . كما كان لوارث الميت الحق في الحصول على مهر الأرملة إذا رغبت الزواج من آخر أو استرداد المهر من أميرتها إذا لم ترغب في البقاء معه . وهم في ذلك يتساوون مع الشعوب الأفريقية .

ولكن المعلومات التي لدينا عن وراثه النساء لدى العرب قاصرة من وجوه مختلفة قاصرة عن تخشيب بيان الرجل الذي كان يتسبب إليه الأولاد

الذين تلدهم الأرملة من علاقتها بوارث زوجها : هل كانوا ينسبون الى زوجها الميت أم كانوا ينسبون الى والدهم القتل وهو الوارث ؟ كذلك لا تدلنا هذه المعلومات بصورة واضحة على دور المرأة : هل كان لها الحق في الاختيار بين الخضوع لهذا التقليد وعدم الخضوع له . وهل كان لها الحق في اختيار الرجل الذي تعاشره أم لم يكن لها مثل هذا الحق ؟ . .

سنحاول فيما يلي الاجابة عن هذه الأسئلة مستعينين بالمعلومات التي لدينا عن الشعوب الأخرى التي عرفت هذه العادة .

(أولاً) قد تتساءل عما اذا كان الأولاد الذين تنجبهم الأرملة من الرجل الذي حل محل زوجها الميت ينسبون الى الزوج الميت أم الى الرجل الذي أنجبهم فعلاً . وبعبارة أخرى هل كان العرب يفرقون في هذا الخصوص بين الأب القانوني وبين الوالد العضوي فينسبون الأولاد الى أيهم القانوني ولو كان والدهم العضوي شخصاً آخر ؟ ليس هناك في الواقع من الآثار ما يمكننا من الاجابة على هذا السؤال بطريقة مقنعة . فالعبارة الوحيدة التي عثرنا عليها والتي تتصل بهذه النقطة وردت في تفسير القرطبي . هذه العبارة هي : « ألا ترى أن أبا عمرو بن أمية خلف على امرأة أبيه بعد موته فولدت له مسافراً وأبا مقيط ، وكان لها من أمية أبو العيص وغيره فكان بنو أمية أخوة مسافر وأبي مقيط وأعمامهما » . الا أن هذه العبارة لا ترجح أياً من الجانبين . فهي تقتصر على تقرير أمر واقع من أن أولاد الأرملة من زوجها الميت يعتبرون أخوة لولديها من ابنه الذي حل محله في معاشرتها . وفي نفس الوقت يعتبرون أعماماً لها . فهم يعتبرون أخوة لأنهم من أم واحدة فليس في العبارة ما يسمح لنا بأن نستنتج أنهم كانوا يعتبرون أخوة لأب أيضاً . وفي نفس الوقت يعتبر الأولون أعماماً للآخرين لأنهم أخوة الرجل الذي أنجبهم . فليس في هذه العبارة اذن ما يدل على أن الأولاد كانوا ينسبون الى الزوج الميت كما ليس فيها ما يدل على أنهم كانوا ينسبون الى الرجل الذي أنجبهم . ومن ثم فإن هذه العبارة يمكن التفاوض عنها .

ومنع ذلك فأننا نعتقد أن العرب - على الأقل في البداية - كانوا ينسبون الأولاد الى الزوج الميت نفسه . ويمكننا أن تقدم تأييداً لرأينا الاعتبار الآتية :

١ - سبق أن رأينا عند دراستنا لهذا التقليد لدى الشعوب الافريقية أن القاعدة لدى هذه الشعوب أن ينسب الأولاد الذين تنجبهم الأرملة من قريب زوجها الى الزوج الميت نفسه . وقد رأينا أن هذه القاعدة تستمد وجودها من فكرة أن الأولاد يتبعون الرجل الذى دفع المهر من أجل أهمهم حيث أن هذا الرجل هو الذى يعتبر زوجاً لها بالمعنى القانونى . أما الرجل الذى يحل محله عند وفاته فليس سوى بديل ماضى ، حيث أنه لا يعقد مع المرأة زواجاً جديداً ولا يدفع من أجلها مهرأ سوى المهر الذى دفعه الميت . فمن الطبيعى أن ينسب الأولاد الذين يولدون من علاقته بالأرملة الى من كان سبباً في وجود الزواج . وفضلاً عن ذلك فالظاهر أن أهم حالات الالتجاء الى هذا التقليد - ان لم تكن الحالة الأولى التى وجد لعلاجها - هى حالة وفاة الزوج دون ذرية . فالشعوب البدائية لا تتصور أن يموت رجل دون أن تكون له ذرية تكفل لاسمه الخلود ولسلسلة نسبه الاستمرار فإذا لم يكن الرجل قد تمكن من الحصول على هذه الذرية بنفسه فلا أحق من أن يحصل عليها لحسابه أحد أقاربه (١) ومن الطبيعى في مثل هذه الحالة أن ينسب الأولاد الى الزوج الميت حيث أن الغرض المقصود من تقليد الخلافة على النساء في هذه الحالة لا يتحقق الا بذلك . وليس هناك مايدعو الى الاعتقاد بأن الأمر كان على خلاف ذلك عند العرب في الجاهلية . فظروفهم تشبه ظروف كثير من الشعوب الافريقية المعاصرة التى تمارس هذا التقليد . ومن الطبيعى افتراض أن البواعث التى أدت بهم الى اتباع هذا التقليد كانت شبيهة بالبواعث التى كانت سبباً في ظهوره لدى غيرهم من الشعوب

(١) لذلك نجد لدى بعض الشعوب الافريقية تقليداً يقضى بأنه في حالة موت رجل قبل أن يتزوج يلتزم أحد أقاربه الاقربين بأن يتزوج امرأة لاسمه ولحسابه والأولاد الذين يولدون منها ينسبون الى الرجل الميت . ويعرف هذا الزواج لدى النور بزواج الشبح Ghost Hawell marriage ص ٧٤ .

وقد لاحظنا فيما سبق مدى تشابه أحكام الخلافة على النساء عند العرب ولدى الشعوب الافريقية .

٢ - كذلك نستطيع أن نستمد لرأينا سنداً من تلك العادة التي كان يمارسها بعض العرب في الجاهلية وهي العادة المعروفة بـنكاح الاستبضاع حيث يقول الرجل لامرأته اذا طهرت من طمئنها أرسلى الى فلان فاستبضعى منه لتحمل منه ويعتزلها زوجها ولا يمسه أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الذى تستبضع منه . ويقال أن هذا الاجراء كان يتخذ رغبة في نجابة الولد لأنهم كانوا يطلبون ذلك من أكابرهم ورؤسائهم في الشجاعة والكرم أو غير ذلك (١) . وكان الولد هنا ينسب بطبيعة الحال الى زوج المرأة . فهنا حالة يكون فيها الوالد العضوى غير الأب القانونى والابن لا ينسب الى من كان سيباً في انجابه وانما الى زوج أمه لأنه هو الأب القانونى . اذن فالفرقة بين الوالد العضوى والأب القانونى لم تكن غريبة على أذهان العرب . وليس من المستبعد أنها كانت تتبع أيضاً في حالة الخلافة على النساء حيث ينسب أولاد الأرملة من قريب زوجها الى الزوج الميت نفسه .

فن المحتمل اذن أن العرب كانوا في بداية أمرهم ينسبون الأولاد الذين يولدون من العلاقة بين الأرملة وعشرها الى زوجها الميت . لكن هذا لا يحول دون افتراض أن تطوراً طرأ بالنسبة لهذا الأثر من آثار الخلافة على النساء قبيل ظهور الاسلام . فأصبح الأولاد ينسبون الى والدهم الفعلى دون زوج المرأة .

(ثانياً) قد نتساءل عن دور المرأة في ظل الخلافة على النساء هل كانت تتمتع بحرية قبوله ورفضه أم كان ذلك فرضاً لزاماً عليها ؟

ان من يطالع الروايات المختلفة السابقة لا يحتاج الى وقت طويل لكى يستنتج أن ارادة الأرملة لم تكن تؤخذ مأخذ الاعتبار سواء بالنسبة للخضوع لهذا التقليد وعدم الخضوع له أم بالنسبة لاختيار الرجل الذى يحل محل زوجها .

(١) بلوغ الألب ج ٢ ص ٤

لقد يستنتج ذلك أولاً من نص الآية الكريمة « يا أيها الذين آمنوا لا يحل
 لكم أن ترثوا النساء كرهاً » فواضح أن الآية الكريمة تحظر على المؤمنين
 أن يرثوا النساء كرهاً . ومعنى ذلك أنه قبل نزولها كانت النساء تورث
 كرهاً أى رغماً عن إرادتهن . وقد يستنتج ذلك من العبارات الواردة
 في الروايات المختلفة التي ذكرت بصدد تفسير الآية والتي تقرر أن للوارث
 الحق في أن يزوج الأرملة ، أو يزوجه من آخر ويقبض صداقها ،
 أو يعضلها حتى تفتدى نفسها ، لكن يمكننا أن نتساءل عما إذا كان هذا
 الإكراه جزءاً من التقليد نفسه أم أنه ينطوي على صورة من صور تجاوز
 الحق وحال من حالات التعدي . وبعبارة أخرى يمكننا أن نتساءل عما إذا
 كان هذا التقليد يفترض أن إرادة الأرملة لا تدخل في الحسبان ولا يقام
 لها وزن وأن الأمر مرده إلى إرادة الوارث وحده أم أن بعض الورثة
 كان يتجاوز حقه فيفرض إرادته على الأرملة فرضاً لا يسنده العرف .
 أما عن الآية الكريمة فإنها تحمل المعنيين وليس فيها ما يقطع بترجيح أى
 الجانبين على الآخر . فكل ما تتضمنه هو مطالبة المؤمنين . بالآيثار النساء
 كرهاً . والكره الذى تشير إليه قد يكون لصيقاً بالنظام نفسه وقد يكون
 مجرد وسيلة غير مشروعة كان يلجأ إليها بعض الورثة أحياناً لتحقيق غرضه .
 فإذا انتقلنا إلى استعراض الروايات المختلفة التي ذكرت بصدد تفسير الآية
 الكريمة قد يتبادر إلى ذهننا أنها صريحة في أن المرأة لم تكن تتمتع بحرية
 في ظل هذا التقليد . أليس من حق الوارث أن ينكحها إذا أراد أو أن ينكحها
 غيره ويقبض صداقها أو يعضلها لتفتدى نفسها ؟ أليس كل ذلك دليلاً
 على أن المرأة لم يكن لها من الأمر شيء وأن مصيرها كان معلقاً بإرادة
 الوارث ؟ . إلا أننا مع ذلك لا نعتقد أن المرأة كانت عديمة الإرادة بالنسبة
 للخضوع أو عدم الخضوع لهذا التقليد . فهذه الحقوق التي قد يستخدمها
 الوارث ليست سوى نتائج طبيعة النظام نفسه . فقد رأينا عند دراستنا للخلافة
 على النساء عند الشعوب الأفريقية أن من حق أهل الزوج أن يطالبوا
 بإسترداد المهر إذا رفضت الأرملة البقاء معهم وقضيت العودة إلى أهلها
 وأن العادة كانت جارية بأنه إذا تزوجت الأرملة ثانياً دفع زوجها الثاني المهر

الى أهل زوجها الأول . فقبض الوارث العربي صدق أرملة قريبة عند زوجها ثانية يعتبر أمراً طبيعياً . كذلك إذا رفض الموافقة على فراقها الابعد أن ترد له المهر كله أو جزءاً منه . بقيت مسألة ما اذا كان لوارث الزوج الحق في معايشة الأرملة رغمًا عن ارادتها . قد نستدل على أن الأمر كان كذلك بما ورد في بعض الروايات من أن الوارث اذا كان صغيراً حبست عليه حتى يكبر . لكن هذه الحجة تسقطها حجة أخرى وهى أن بعض الروايات تنص على أن الوارث كان عليه اذا أراد استخدام حقه في مواجهة الأرملة أن يلقى بثوبه عليها . وأن الأرملة اذا سبقت بالذهاب الى أهلها كان هؤلاء أحق بها . واذا كان الوارث صغيراً فلا نرى كيف كان يستطيع اعلان ارادته في استخدام حقه . قد يقال أن هذا الاعلان يؤجل الى حين بلوغه ، لكن ليس هناك ما يلزم المرأة بالبقاء الى هذا الحين فهي تستطيع أن تعود الى أهلها وعندئذ يكون هؤلاء أحق بها . بل يمكننا أن نستدل على أن ارادة المرأة كانت تؤخذ مأخذ الاعتبار من الحادثة التالية والى سبق ذكرها وهى أن كبيشة بنت معن بن عاصم من الأوس توفى عنها زوجها أبو قيس بن الأسلت فجنح عليها ابنه فجاءت النبي صلوات الله عليه فقالت يابى الله لا أنا ورثت زوجى ولا أنا تركت فانكح فزلت هذه الآية . فلو كانت قواعد العرف تقضى بأن المرأة لا خيرة لها في الأمر لقبلت كبيشة مصرها دون شكوى أو تبرم . فالغالب اذن أن يكون للذى أثارها ودفعها الى الشكوى أن ابن زوجها كان يريد اجبارها على أمر لا تريده وتعتقد أن من حقها أن لا تجبه اليه .

الا أن هناك عبارة وردت في تفسير القرطبي تتضمن معلومات مباشرة في هذا الصدد . هذه العبارة هى « وقد كان في العرب قبائل قد اعتادت أن يخلف ابن الرجل على امرأة ابيه وكانت هذه السيرة في الأنصار لازمة وكانت في قريش مباحة مع التراضى » .

فواضح من هذه العبارة أن وراثة النساء كانت لدى الأنصار لازمة بمعنى أن الأرملة كانت مجبرة على معايشة وارث زوجها الميت اذا أراد

معاشرتها على خلاف الحال لدى قريش حيث كانت هذه العادة مباحة بشرط موافقة الأرملة على معاشرة وارث زوجها . فهذا الأثر واضح في بيان أن المرأة في قريش لم تكن تخضع لأحكام هذا التقليد رغماً عن إرادتها وبعبارة أخرى أنها كانت تتمتع بحق الاختيار بين الخضوع لأحكامه وعدم الخضوع لها ، وبحق اختيار الشخص الذي تقبل معاشرته . فهذا هو مقتضى كون هذه السيرة كانت في قريش مباحة مع التراضي . لكن حتى بالنسبة لأهل المدينة ليس من السهل علينا التسليم بأن المرأة كانت تورث رغماً عن إرادتها . ولعل الذي جعل الرواة - الذين نقلوا إلينا أخبار هذا التقليد يفسرونه بأنه ينطوي على إكراه للمرأة هو حق الرجل في قبض صداقها إذا تزوجت أو في عضلها حتى تفتدى نفسها وقد رأينا أن ذلك قد يكون استعمالاً مشروعاً لحقه في استرداد المهر الذي دفع من أجل المرأة إذا رغبت هذه العودة إلى أهلها . ثم إن القاعدة التي تقضى بأن المرأة إذا سبقت إلى أهلها قبل أن يلتقى وارث زوجها ثوبه عليها يصبح أهلها أحق بها توحى بأن هذا التقليد لم يكن ملزماً للمرأة في كل الأحوال حيث أن المرأة كانت أمامها وسيلة سهلة للتخلص من الخضوع لأحكامه .

فضلاً عن ذلك يمكننا تفسير هذين الاجرائين تفسيراً يوفق بينهما ولا يجعلهما متعارضين فيما بينهما . وهو أن الأرملة كانت إذا رغبت في الخضوع لهذا التقليد تبقى في بيت زوجها مع أهله فإذا رغب أحد ورثته في معاشرتها كان يلقي بثوبه عليها فيكون ذلك منه بمثابة إعلان عن إرادته معاشرتها . وليس هناك ما يحول دون افتراض أن الأرملة كانت تبقى أحياناً مع أولادها في بيت زوجها ومع ذلك لا تخضع لهذا التقليد لعدم رغبة أحد من الورثة فيها . فلا شك أن ذلك كان يحدث بالنسبة للأرامل المتقدمات في السن والوفاى يكون لديهن أولاد كبار . فهذا التقليد إذن يمكن تحليله في النهاية باعتبار أنه كان يفترض رغبة المرأة فيه ببقائها في بيت زوجها وعدم عودتها إلى أهلها ويفترض رغبة أحد ورثة الزوج في الحياة معها . لكن هذا لا يمنع أنه كانت تحدث أحياناً حالات من تجاوز الحق والتعدي

يسعى فيها أحد الورثة الى اجبار أرملة قريبة على معاشرته . وللعالجة مثل هذه الحالات نزلت الآية القرآنية الكريمة التي تحرم على المؤمنين أن يرثوا النساء كرهاً . والظاهر أن ذلك لم يكن يحدث الا لدى أهل المدينة .

طبيعة وراثه النساء عند العرب وأسباب وجوده :

سبق أن قلنا أن بعض الكتاب في تفسيرهم لهذا التقليد ذهب الى أنه نتيجة منطقية للزواج المقترن بذفع قدر من المال من جانب طالب الزواج الى أهل الزوجة (١) . فالزواج في هذه الحالة — طبقاً لهؤلاء الكتاب — يكسب الزوج حق ملكية على زوجته يدخل ضمن أصول تركته فاذا مات انتقل هذا الحق الى ورثته من بعده . وليس في نيتنا أن نناقش هنا نظرية الزواج بالشراء وأن نورد الحجج المقتدة لها وإنما يكفي أن نقول أن الباحثين قد أدخلوا يشغلون عن هذه النظرية حتى أنه يمكن القول بأنها لم تعد تجد أنصاراً . وكان يمكن أن يكفي ثبوت خطأ نظرية الزواج بالشراء لفض فكرة أن الأرملة كانت تعتبر جزءاً من التركة . لكننا نستطيع أن نضيف الى هذه الحجة الحجج التالية :

١ — هذا التقليد كان يفرض لدى قريش ومن المحتمل أيضاً لدى أهل يثرب موافقة المرأة وهو أمر يتعارض مع القول بأن المرأة جزء من التركة . اذ لا يعقل أن تكون المرأة جزءاً من التركة ويكون في سلطتها أن ترفض قبول وارث زوجها عشيراً لها .

(١) هذا الاتجاه يكاد يكون عاماً لدى الكتاب اللذين تعرضوا لدراسة الزواج ووراثه النساء عند العرب قبل الاسلام . سواء في ذلك الكتاب العرب أم الكتاب الغربيون . ويكفي هنا أن نذكر مثلاً على ذلك كتبه أحد الباحثين الغربيين اللذين درسوا في تفصيل نظام الزواج عند العرب في الجاهلية تمليقاً على تقليد وراثه النساء .

“ The meaning of this usage is quite transparent; marital rights are rights of property which can be inherited, and which their heir can sell if he pleases. ”
W. Robertson Smith, Kinship and Marriage in Early Arabia. ٨٨ ص

(٢) أنظر مثلاً Hans F. K. Gunther le mariage ، ص ٦٧ ، Diamond, l'évaluation ، ص ١١٩ de la loi et de l'ordre.

٢ - كان وراث الزوج ملزماً اذا أراد استخدام حقه في مواجهة الأرملة أن يلقى عليها بثوبه وهو اجراء لم تعرف أنه كان لازماً بالنسبة لأموال التركة . واذا كانت الأرملة جزءاً من التركة فلا تفهم ضرورة هذا الاجراء اذا المقول عندئذ أن تقول الى الوارث كما تقول اليه بقية أموال التركة .

٣ - الاعتراف للمرأة بالحق في أن تنفادى الخضوع لهذا التقليد يعودتها الى أهلها يتعارض مع فكرة كونها جزءاً من التركة . اذ ليس من المفهوم اذا كانت الأرملة جزءاً من التركة حقيقة أن يتوقف حق الوارث عليها على ارادتها هي .

٤ - رأينا عند دراستنا لهذا التقليد عند الشعوب الافريقية أن الأرملة لا تعتبر جزءاً من تركة زوجها المتوفى . وليس هناك ما يدعو الى الاعتقاد بأن الأمر كان خلاف ذلك لدى العرب في الجاهلية مع التشابه الكبير بينهما في الآثار المترتبة عليه .

نخلص من كل ما تقدم بأن الخلافة على النساء كانت لها لدى العرب في الجاهلية نفس الخصائص التي لها لدى الشعوب الافريقية المعاصرة سواء من حيث الأشخاص الذين لهم الحق فيها أم من حيث الآثار المترتبة عليها أم من حيث دور المرأة في ظلها . ولا شك أيضاً أن الأسباب التي أدت الى ظهور هذا النظام لدى الشعوب الافريقية هي نفسها الأسباب التي أدت الى وجوده لدى العرب .

وقد رأينا أن هذا النظام لدى الشعوب الافريقية يستهدف تحقيق الأغراض الآتية :

(أولاً) رعاية الأرملة بتمكينها من البقاء إمع أولادها اذا كان لها أولاد أو من انجاب أولاد اذا لم يكن لها أولاد دون حاجة الى السعي الى زواج جديد . فبشير الأرملة تكون له مصلحة شخصية في اسعادها هي وأولادها .

(ثانياً) إيجاد وارث للزوج الذي مات دون أن يترك وراءه ذرية تكفل لاسمه البقاء وللسلسلة نسبة الاستمرار .

(ثالثاً) عدم بقاء قوة انجاب الأرملة معطلة . فلأهل الزوج مصلحة في زيادة عدد أفرادها .

ومن المحتمل أن هذه هي نفس الأغراض التي كان يستهدفها العرب من وراء ممارسة هذا التقليد .

وقد نتساءل في ختام بحثنا عن السبب الذي من أجله ألغى القرآن الكريم هذا التقليد . في الواقع أن إلغاء القرآن الكريم لهذا النظام يرجع الى أنه أصبح يتعارض مع بعض المبادئ الجديدة التي أتت بها .

فوراثة النساء كرهاً تتعارض مع مبدأ الرضا في الزواج . وزواج الابن من زوجة أبيه حتى ولو كان يرضاها أصبح يتنافى مع المبادئ الأخلاقية . وأخذ وارث الزوج صداق الأرملة اذا تزوجت شخصاً آخر أو عضلها حتى تفتدى نفسها بدفع كل المهر أو جزء منه أصبح يتعارض مع جعل القرآن الكريم المهر حقاً خالصاً للمرأة لا يجوز اجبارها على رده بعد ثبوت حقها فيه . ونسبة الأولاد المولودين من العلاقة بين الأرملة وقريب زوجها الى الزوج الميت — اذا صح أن العرب كانوا مازالوا يسيرون على هذا المبدأ عند ظهور الاسلام — أصبحت تتعارض مع المبدأ العام الذي جاء به الاسلام من وجوب نسبة الأبناء الى آبائهم .

لعلنا بهذا نكون قد وفقنا الى تجلية نظام الخلافة على النساء لدى العرب في الجاهلية وازالة كثير من سوء الفهم الذي أحاط به .

مصادر البحث

باللغة العربية :

تفسير الطبري لاين جرير الطبري ج ٨ تحقيق محمود محمد شاكر
الجامع لاحكام القرآن لاين أحمد الأنصاري القرطبي القاهرة ١٩٤٢
بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب الألويسي

بلغات أجنبية :

- Audrey Butt, The Nilotes of the Anglo-Egyptian Sudan and Uganda. لندن ١٩٥٢
Baxter P. T. W., The Azande. لندن ١٩٥٣
Colson E., Marriage and Family among the Plateau Tonga. لندن ١٩٥٨
Fallaire E. N., Encyclopaedia of Religion and Ethics. مقال في
تحت كلمة Inheritance.
Hans Cary, Sukuma Law and Custom. لندن ١٩٥٢
Herakovits M. J., Dahomey. الجزء الأول نيويورك ١٩٣٨
Howell P. P., A Manual of Nuer Law. لندن ١٩٥٤
Lindblam Gerhard, The Akamba Uppeals ١٩٢٠
Merkér M., Die Massai. برلين ١٩٠٤
Neufeld E., Ancient Hebrew marriage Laws. لندن ١٩٤٤
Peristiany J. G., The social institutions of the Kiprigia. لندن ١٩٣٩
Robertson Smith W., Kinship and Marriage in Early Arabia. لندن ١٨٨٥
Schapera L., The Khoisan peoples of South Africa :
Bushmen and Hattentots. لندن ١٩٥١
A Handbook of Tswana law and custom. لندن ١٩٥٥
Married life in an African tribe. لندن ١٩٣٩

تم بحمد الله ، طبع هذه المجلة
بمطبعة جامعة الاسكندرية في يوم الأربعاء
١١ من جمادى الآخرة سنة ١٣٨٠ هجرية، الموافق
٣٠ نوفمبر سنة ١٩٦٠

على محمد الهرورى
مدير مطبعة جامعة الاسكندرية

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIÉE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. ANWAR SULTAN*

9ème ANNÉE, 1959 — 1960

Nos. 1 et 2

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

1960